

PAULO RANGEL

TRIBUNAL do JÚRI

Visão linguística, histórica,
social e jurídica

6^a
edição

revista,
atualizada
e ampliada

De acordo com:

- **Alteração da competência do crime militar**
- Lei 13.491/2017



atlas

TRIBUNAL do JÚRI



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

PAULO
RANGEL
**TRIBUNAL
do JÚRI**

Visão linguística, histórica,
social e jurídica

6^a
edição

revista,
atualizada
e ampliada



- A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2018 by

EDITORA ATLAS LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira
- Produção digital: Ozone
- Data de fechamento: 16.05.2018

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.
-

R155d

Rangel, Paulo, 1961-

Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica / Paulo Rangel. – 6. ed., rev., atual. e ampl.

– São Paulo: Atlas, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-97-01658-1

1. Júri – Brasil. 2. Júri – Brasil – História. 3. Processo penal – Brasil. I. Título.

18-48193

CDU: 343.195(81)

PREFÁCIO

É com satisfação que apresento ao leitor minha nova obra. Trata-se do fruto de minha tese de doutorado, que ora publico. O nome original foi alterado diante de algumas modificações que fiz para dar amplitude ao tema que, por demais vasto, merece uma análise perfunctória. Não tenho a pretensão de, neste diminuto trabalho, estudar todo o Tribunal do Júri, mas apenas tratar de questões que penso ser deveras importantes.

A análise que faço é muito mais no âmbito da Filosofia, Sociologia e da História do que própria e exclusivamente da dogmática, não obstante tratar de questões penais e processuais penais no curso do trabalho à luz das modificações da Lei nº 11.689/2008, mas sempre preocupado com a razão de ser do que falo e não do que é. O leitor tem obras de cunho dogmático em abundância no mercado, mas não tem no sentido de que trato e por isso trato.

Não tenho me preocupado muito com o que *diz a lei*, muito menos com o que *ela quis dizer e não conseguiu*, mas sim em *nome de quem ela quis dizer e por que não conseguiu e se conseguiu em nome de quem ela fala*. Preocupado com as razões que levam o Estado, detentor do poder político, a elaborar essa ou aquela lei. Preocupado com o compromisso ético do Estado para com seu *súdito*.

Por isso, o leitor irá encontrar temas, do júri, que o farão refletir se, efetivamente, é uma instituição democrática e voltada para os interesses da sociedade, razão pela qual o estudo da História fez-se mister, sem contar a Sociologia, que nos faz entender o homem dentro do contexto social em que vive, analisando seus *valores sociais que se traduzem em sua conduta humana por preferências, gostos e atitudes pelos quais os agentes sociais manifestam uma apreciação da realidade*.¹

Certo dia, em conversa informal com o Professor Afrânio Silva Jardim (pode não ter sido ele quem disse, mas foi dele que ouvi), ele disse: *quem só sabe Direito, não sabe direito*.

Logo, o leitor não irá encontrar neste trabalho uma análise, exclusiva, do Tribunal do Júri, sob o aspecto legal positivista. Por isso, começo por analisar o homem enquanto ser dotado de linguagem para inseri-lo no mundo. Estudar o júri e não estudar a filosofia da linguagem é ter uma análise diminuta dessa instituição secular. Estudar o júri e não estudar história geral é também desconhecer as engrenagens que o moldaram.² E, por último, estudar o júri e não estudar a sociologia (e por que não dizer a antropologia) é não compreender o homem em seu ambiente social.

É nesse contexto que resolvi empreender um estudo sério, sem perder o norte da temática, ou seja, o Tribunal do Júri, e expor ideias que estão espalhadas nos diversos ramos da ciência, aglutinando-as dentro do Tribunal do Júri.

Minha linguagem é clara, objetiva e de fácil entendimento. Até porque sempre me filiei à postura de que para escrever de forma profunda não preciso me tornar incompreensível ao leitor. Muito menos usar palavras fora do uso comum do leitor, ainda que de forma técnica. Meus livros *Direito processual penal*, *Investigação criminal direta pelo MP: visão crítica*, *Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas* e *Reflexões teóricas sobre o processo penal e a violência urbana* falam por si. Não é necessário um “juriquês” para se fazer entender o português que por si só é o suficiente.

Os temas aqui tratados (Filosofia, Sociologia, História e Direito) são temas fáceis, desde que eu me faça

compreender, mas podem também ser incompreensíveis, desde que eu assim os torne. Depende de qual postura você irá adotar. Prefiro a mais fácil e me fazer entender ao leitor, embora não seja especialista em cada uma dessas matérias, com exceção do Direito.

Por isso digo: a obra é clara e de fácil compreensão para qualquer estudante e profissional, não só do Direito mas de qualquer área que queira conhecer os *corredores do Tribunal do Júri* e, óbvio, a quem esteja disposto a ouvir algo sobre o júri diferente do que até então sempre foi dito, ou, pelo menos, de uma forma crítica diferente do que até então sempre se fez.

Não tenho compromisso com esta ou aquela tese de defesa ou de acusação. Não escrevi a obra para sustentar este ou aquele entendimento no júri. Observei o júri dentro da ótica meramente crítica e teórica, procurando dar uma contribuição à sociedade para que reflita sobre o papel que deve desempenhar no júri. Posso não ter sido feliz no meu objetivo, mas fui feliz ao escrever, por tê-lo feito com amor.

Portanto, aí está.

Aguardo, como sempre, críticas construtivas à obra.

Paulo Rangel

direitodeliberdade@globocom

Rio de Janeiro, dia da Independência do ano de 2006.

10h40

¹ COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. 3. ed. São Paulo: Moderna, 200 p. 408.

² A história é uma ciência social, seu objetivo é o conhecimento do processo de transformação da sociedade ao longo do tempo. Da sociedade, não dos indivíduos: o fato isolado, o caso único, o episódio irrepetível, não são suscetíveis de tratamento científico – não pertencem ao domínio da história (SODRÉ, Nelson Werneck **Formação histórica do Brasil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2002. p. 13).

NOTA DO AUTOR À 6ª EDIÇÃO

Esta nova edição tem o principal escopo de mostrar ao leitor as alterações que surgiram no ordenamento jurídico com o advento da Lei 13.491/2017.

Tal lei alterou o Código Penal Militar para submeter os militares das Forças Armadas à Justiça Militar, e não mais ao Tribunal do Júri, nas hipóteses que especifica. Óbvio que tal alteração deve ser objeto de estudo neste livro de júri.

Aguardo as observações do leitor.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2018.

direitodeliberdade@globocom.com

PR

NOTA DO AUTOR À 5ª EDIÇÃO

Apresento ao leitor a 5ª edição desta obra certo de que a honestidade acadêmica, a seriedade e o compromisso com o leitor justificam o sucesso editorial, considerando que, inicialmente, se tratava de uma tese de doutorado, e hoje é um livro largamente usado nos cursos de graduação e pós-graduação *lato e stricto sensu*, além dos tribunais do País e cursos preparatórios.

Esta é a justificativa para o sucesso editorial do livro, além da larga e profissional distribuição e divulgação da Editora Atlas.

Apenas uma pequena atualização e um acréscimo foram feitos na obra, como consta abaixo.

Item 4.3.E – Art. 477 – dos debates em plenário. Tratei do alcance da proibição do art. 478 do CPP por provocação da Dra. Alessandra Roidis, Juíza Titular do 4º Tribunal do Júri de São Gonçalo/RJ que realiza naquela Comarca um trabalho primoroso. Aí estão, doutora Roidis, meus argumentos.

Item 4.3. E. – Arts. 482 e 483 – quesitos: simplificação e formulários.

L) Tese única da defesa: negativa de autoria. Jurados que reconhecem a materialidade, a autoria, mas absolvem o réu no 3º quesito (o jurado absolve o acusado?). Há contradição?

Respondi a essa indagação que traz problemas no Tribunal do Júri, enfrentando a resistência que existe acóbvio: o júri é soberano e o seu sistema de provas é o da íntima convicção. Vale a pena ler.

No mais, a obra continua em seu estado de origem com pequenas correções gramaticais que não a alteram substancialmente.

Agradeço à Editora Atlas pela confiança em mim depositada, mas, principalmente, aos queridos leitores que aprimoram este livro com suas sugestões e críticas construtivas.

À Doutora ALESSANDRA ROIDIS, Juíza Titular do 4º Tribunal do Júri da Comarca de São Gonçalo meus agradecimentos pela carinhosa sugestão do tema do art. 478 CPP.

Dedico esta edição àquela que mais sofre com cada atualização de todas as minhas obras pelo tempo que “roubo” dela: **Maria Fernanda Rangel**, hoje, já, com 4 anos de idade. Te amo. Quando você crescer, vai entender e espero que me perdoe.

Rio, 12 de novembro de 2014.

10h48

direitodeliberdade@globocom.com

PR

NOTA DO AUTOR À 4ª EDIÇÃO

Esta edição não teve acréscimos doutrinários, nem jurisprudenciais, apenas revisão de texto.

Agradeço a DEUS por mais esta oportunidade.

Agradeço aos fiéis leitores as observações que fizeram ao longo desta edição.

À minha filha, com amor: Maria Fernanda Rangel.

Rio de Janeiro, 2 de julho de 2012.

direitodeliberdade@globob.com

PR

NOTA DO AUTOR À 3ª EDIÇÃO

É com grande satisfação que trago ao leitor a 3ª edição desta obra ampliada, atualizada e revisada à luz das Leis nos 12.403/2011 e 12.483/2011.

No item 4.3.A – A Lei nº 11.689/2008 – arts. 406 *usque* 413 – Instrução preliminar, comentei a Lei nº 12.483/2011, que determina prioridade no inquérito ou processo em decorrência da Lei nº 9.807/1999 (proteção à testemunha).

No item 4.3.B.4 – Pronúncia e prisão preventiva, comentei a Lei nº 12.403/2011 na parte da prisão em flagrante e sua conversão em prisão preventiva.

A obra, embora uma monografia, teve uma aceitação excelente no meio jurídico e crédito isso à seriedade com a qual trato o tema e a honestidade acadêmica com a qual escrevo.

Agradeço aos leitores pelos *e-mails* recebidos com as sugestões, dúvidas, correções e discussões que travamos.

Por último, quero dedicar esta obra ao grande amor da minha vida. Ao ser humano que me fez olhar o mundo com os olhos cheios de amor e que mudou meu referencial de vida.

Posso dizer, amigo leitor, que minha vida teve um divisor de águas: antes de 27 de setembro de 2010 e depois desta data. Por quê? Porque nasceu minha filha MARIA FERNANDA RANGEL.

Uma criança linda, meiga, carinhosa e inteligente e, claro, parecida com o pai.

Esta obra é dedicada a você, meu amor. Sei que você ainda não tem ideia do que isso significa, mas um dia você vai ler essas palavras e vai me entender um pouco melhor.

Não sei o que você vai ser quando crescer, mas seja o que você quiser ser, o mais importante é você ser uma pessoa do bem, decente e com ética em sua vida.

É só isso que peço e me dedico para que você seja: uma pessoa honesta e do bem.

Sinta-se beijada, NANDA, pelo pai que TE AMA verdadeiramente.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 2011.

9h25

NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO

Bem-aventurados os que choram, pois que serão consolados. Bem-aventurados os famintos e os sequiosos de justiça, pois que serão saciados. Bem-aventurados os que sofrem perseguição pela justiça, pois que é deles o reino dos céus. (S. MATEUS, 5:4, 6 e 10.)

Agradeço a **DEUS** por mais esta oportunidade em minha vida.

É com satisfação que apresento ao leitor a 2ª edição desta obra revista, atualizada e ampliada de acordo com as Leis nos 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008.

Fiz comentários aos principais artigos do código referentes ao júri. Não se trata de comentários a todos os artigos, mas sim aos principais com as observações mais importantes diante de tudo o que já saiu e é dito nas obras jurídicas, nos Tribunais do Júri e simpósios do País.

Fiquei, praticamente, desde a publicação da Lei nº 11.689/2008 ouvindo todos e lendo tudo que até agora saiu, sem contar o exercício da função de promotor de justiça no Tribunal do Júri, onde os problemas aparecem, e digo: muita coisa ainda há para saber e tenho ainda muitas dúvidas, mas as principais foram esclarecidas nesta obra, o que não me impede de mudar de opinião.

O leitor vai encontrar nesta edição uma obra diferenciada da 1ª edição, onde citei o projeto de lei do júri. Agora cito a Lei nº 11.689/2008 com comentários. A obra está revitalizada.

No item 4.3.A.5.4.7 – Interrogatório por videoconferência – Lei nº 11.900/2009 – tratei do interrogatório por videoconferência no Tribunal do Júri, mantendo minha posição anterior da sua inconstitucionalidade.

A obra, penso, ficou completa com uma abordagem linguística (agora sem trema), histórica, social e bem jurídica.

Como se não bastassem as reformas processuais penais, ainda temos a reforma ortográfica. Na medida de possível, já atualizei algumas palavras à luz da nova ortografia. As outras ainda tenho tempo, em especial as que usam hífen. Aliás, essas eu vou deixar para a professora de português da editora. Se eu já não entendia antes, agora então...

Para tanto, vide o Decreto Presidencial nº 6.583/2008, *in verbis*:

“Art. 2º O referido Acordo produzirá efeitos somente a partir de 1º de janeiro de 2009.

Parágrafo único. A implementação do Acordo obedecerá ao período de transição de 1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012, durante o qual coexistirão a norma ortográfica atualmente em vigor e a nova norma estabelecida.”

Por uma questão meramente técnica, alterei a expressão “dogmática” para “jurídica” no título da obra. Descobri que o que mais faço é discutir os “dogmas” em vez de aceitá-los, isto é, não aceito o conhecimento pronto, indiscutível, pelo menos dentro do Direito. O conhecimento dogmático seria aquele apresentado como certo e

indiscutível, cuja verdade se espera que as pessoas aceitem sem questionar, e o que mais faço, na obra, é questionar. Tentar sair do senso comum teórico. Não quero negar a dogmática jurídica, mas redimensioná-la e adequá-la à realidade social vigente. Por isso entendi que a expressão “jurídica” atenderia mais à essência da obra.

Espero que o leitor aprecie este livro.

Agradeço a todos os leitores que me ajudaram com as perguntas e *e-mails* durante a atualização, revisão e ampliação da obra.

Agradeço ao Dr. **Alexandre Abrahão Dias Teixeira**, Juiz de Direito, que relatou sua “angústia” quanto ao *quorum* de votação na sala especial do Tribunal do Júri, fazendo com que eu refletisse sobre a matéria e a trouxesse nesta edição. Obrigado.

Quero agradecer ao meu amigo/irmão, professor **Rogério Greco**, pelo carinho e paciência de trocar figurinhas comigo durante a atualização da obra. Greco é, sem dúvida, um grande expoente e um novo olhar no Direito Pena crítico brasileiro.

Homenageio um homem que tem sido um exemplo de vida no direito brasileiro e, em especial, no Ministério Público fluminense. Um homem que sempre soube se impor, sem ser arrogante. Um homem sábio, culto, elegante no trato com as pessoas e que sempre soube ouvir a “voz do outro”. Nunca se deixou levar pelas vaidades dos cargos que sempre ocupou, preservando sempre a ética profissional e sua formação moral e religiosa. Humilde, sincero, firme em seus propósitos e um grande professor e escritor: **SÉRGIO DEMORO HAMILTON**.

À minha mulher, **Eliane Rangel**, a dedicação desta edição como dívida pelo tempo que te roubei, durante a árdua atualização. Desculpa, mas saiba que te amo.

Verão carioca, 26 de janeiro de 2009.

17h30

direitodeliberdade@globocom.com

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, como não poderia deixar de ser, quero agradecer ao Grande Arquiteto do Universo por mais uma oportunidade que me foi concedida de concluir meus estudos, agora em nível de doutorado. A máxima não pode ser esquecida: *a quem muito foi dado, muito será pedido*.

O presente trabalho é fruto da tese de doutorado realizado na prestigiosa UFPR e defendida no dia 2 de dezembro de 2005, cujo título original era *A Inconstitucionalidade da Incomunicabilidade do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri Brasileiro*, e que ora apresento ao público com as observações devidas e necessárias feitas pela Banca examinadora composta pelos Doutores Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luiz Alberto Machado, Fauzi Hassan Choukr, Aury Lopes Jr. e Geraldo Prado. A todos, meu muitíssimo obrigado pela claras, honestas e profundas observações que foram feitas, sem as quais o trabalho não cresceria, como ora apresento ao leitor.

Ao Professor Titular da cadeira de Direito Processual Penal da UFPR, Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, devo todo o incentivo, orientação e apoio nas horas difíceis sem perder o rigor necessário para a purificação do trabalho. Jacinto é um dos poucos no País que exercem o magistério com seriedade e responsabilidade, que acreditam na educação como forma de crescimento de uma sociedade e que educam com a ética da alteridade. É um ícone do Direito e um expoente no magistério.

Ao Professor Doutor Luiz Alberto Machado devo gratidão pelos ensinamentos e pela paciência típica de um Mestre. Por isso, deixo consignado meu profundo agradecimento ao professor Luiz Alberto Machado.

Ao corpo docente da UFPR, em especial aos Professores Celso Ludwig (Filosofia), Ricardo Marcelo Fonseca e Katie Silene Argüello (ambos de Teoria do Estado), meus sinceros agradecimentos pela purificação que me foi permitida fazer e de tudo o que conheci através dos estudos que foram realizados.

À Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho, pelo incentivo, apoio e crença de que *tudo vale a pena quando a alma não é pequena*.

Ao Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos, a quem estimo e agradeço as informações que sempre foram passadas.

Aos Professores Visitantes Doutores Cláudio Brandão e Lenio Luiz Streck agradeço, da mesma forma, pela brilhantes e magníficas aulas que foram dadas durante o curso, sempre chamando o aluno à reflexão crítica do Direito.

Ao Professor Luiz Edson Fachin, o muito obrigado pela existência que, por si só, é uma forma de se aprender a ser.

Agradeço ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelas palavras de incentivo e estímulo durante o curso, quando em visita à UFPR.

Agradeço ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o qual nos ensina, quando em visita à UFPR, a refletir sobre o respeito à vida do outro enquanto bem que não pode se transformar em mercadoria.

Importante também foi a presença/aula do Professor Doutor Domenico Costella, o qual nos falou, com

profundidade, sobre o pensamento de Henrique Dussel, o que, por si só, me permitiu conhecer melhor e mais próximo o pensamento do filósofo que, inclusive, é o mote deste trabalho. Professor Domenico Costella conhece de perto Dussel e sabe transitar bem pelas passagens, às vezes, intrincadas do autor. Nesse ponto, a UFPR não faz por menos: traz o autor à Universidade para que possamos conhecê-lo. Muito obrigado ao Professor Domenico Costella.

Ao Doutor Carlos Roberto Bacila os agradecimentos por toda a ajuda que foi fornecida. Bacila, como gosto de chamar, não mediu esforços em se colocar à disposição para todas as dificuldades que tive durante o curso. Conhecedor dos corredores da UFPR, conduziu-me pelo caminho certo, fazendo com que alcançasse o final do curso de forma equilibrada e objetivada, impedindo tropeços acadêmicos desnecessários. Meus agradecimentos sinceros ao amigo.

Ao Professor Roberto Kant de Lima, pela oportunidade de trocar ideias sobre o tribunal do júri à luz da Antropologia.

Por último, repito: agradeço a Deus pela oportunidade de conhecer todas essas pessoas.

No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus. Ele estava no princípio com Deus. Todas as coisas foram feitas por ele, e sem ele nada do que foi feito se fez.

(João 1: 1-3)

Introdução

Parte I – A Linguagem como Forma de Expressão e Inserção do Ser no Mundo

1 A Linguagem como Forma de Expressão de Ideias

- 1.1 O uso da palavra como uma das formas de exposição de ideias
 - 1.1.1 Wittgenstein
 - 1.1.2 Heidegger
 - 1.1.3 Gadamer
 - 1.1.4 Habermas
 - 1.1.5 Henrique Dussel
- 1.2 A democracia como exercício do poder: o princípio democrático
- 1.3 A censura como limitação dos sentidos
 - 1.3.A Edmundo Mezger
 - 1.3.B Olga Benario
 - 1.3.C O silêncio
 - 1.3.1 A censura no Governo Vargas
 - 1.3.1.A Medo e imprensa
 - 1.3.2 A censura na ditadura militar
 - 1.3.3 A censura e a Lei Fleury

2 O Júri na História

- 2.1 Introdução à história do júri
 - 2.1.A Tribunal popular e Tribunal do Júri
 - 2.1.B Jurados: quem são?
- 2.2 O júri no direito comparado e a questão da incomunicabilidade dos jurados
 - 2.2.1 Inglaterra
 - 2.2.2 Estados Unidos
 - 2.2.3 França
 - 2.2.4 Itália
 - 2.2.5 Espanha
 - 2.2.6 Portugal

Parte II – O Júri no Brasil

3 Do Império Brasileiro ao Estado de Repressão de Getúlio Vargas

- 3.1 O Império brasileiro e o Tribunal do Júri: as reformas imperiais
 - 3.1.A Contexto histórico de nascimento do CPCI
 - 3.1.B O Grande Júri como instrumento de garantia do acusado
 - 3.1.C A reforma processual penal como instrumento de manipulação política
 - 3.1.D Os jurados como representação de uma classe social
 - 3.1.E O inquérito policial e sua origem inquisitorial: o saber-poder
- 3.2 A República e o Tribunal do Júri
- 3.3 A Revolução de 1930, o Estado Novo e o tratamento dado ao Tribunal do Júri
 - 3.3.A Decisão do júri: maioria qualificada
 - 3.3.B Justiça de classe e o capitalismo selvagem: a missão secreta do direito penal no Estado punitivo

4 Da Imposição Violenta do Silêncio à Reforma Processual Penal do Júri – Lei nº 11.689/2008

- 4.1 A incomunicabilidade no Direito brasileiro e sua (falsa) justificativa
 - 4.1.A Incomunicabilidade e sigilo do voto: distinção
 - 4.1.B Jurados: teoria da psicologia das multidões
 - 4.1.C Tribunal do Júri e o direito penal do autor
 - 4.1.D A linguagem como instrumento de democratização da decisão do júri
 - 4.1.E Jurados mudo, surdo-mudo e deficiente visual
- 4.2 A função e a escolha dos jurados
- 4.3 A reforma processual penal do júri constitucionalizada
 - 4.3.A A Lei nº 11.689/2008 – arts. 406 *usque* 413 – Instrução preliminar
 - 4.3.A.1 Oferecimento da denúncia (D)
 - 4.3.A.2 Resposta prévia à acusação (RPA) – art. 406, § 3º, do CPP
 - 4.3.A.3 Oitiva do Ministério Público – art. 409
 - 4.3.A.4 Despacho de mero expediente – art. 410
 - 4.3.A.5 Audiência de Instrução e Julgamento – art. 411
 - 4.3.A.5.1 Prova de acusação
 - 4.3.A.5.1.A Sistema presidencialista
 - 4.3.A.5.1.B Depoimento da testemunha e o réu assisti-lo por videoconferência
 - 4.3.A.5.2 Prova de defesa (PD)
 - 4.3.A.5.3 Esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas
 - 4.3.A.5.3.1 Assistente técnico na perícia
 - 4.3.A.5.3.2 Acareação

- 4.3.A.5.3.3 Reconhecimento de pessoas e coisas
 - 4.3.A.5.4 Interrogatório do acusado
 - 4.3.A.5.4.1 Interrogatório por precatória
 - 4.3.A.5.4.2 Interrogatório e a palavra às partes
 - 4.3.A.5.4.3 Interrogatório já realizado e vigência da Lei nº 11.689/2008. O que fazer?
 - 4.3.A.5.4.4 Interrogatório e sua natureza jurídica e a presença obrigatória do MP e da defesa técnica
 - 4.3.A.5.4.5 Interrogatório e a presença do advogado do corréu revel: pode fazer perguntas ao réu presente?
 - 4.3.A.5.4.6 Interrogatório e o contraditório no inquérito policial. Existe?
 - 4.3.A.5.4.7 Interrogatório por videoconferência
 - 4.3.A.5.5 Alegações finais orais (AFO)
 - 4.3.A.5.6 Princípio da identidade física do juiz no processo penal
 - 4.3.A.5.6.7 Lei nº 13.491/2017 – Alteração de competência do crime militar
- 4.3.B Art. 413 – pronúncia
 - 4.3.B.1 Natureza jurídica da pronúncia
 - 4.3.B.2 Princípio do *in dubio pro societate*(?)
 - 4.3.B.3 Pronúncia e qualificadoras do crime
 - 4.3.B.4 Pronúncia e prisão preventiva
 - 4.3.B.5 Pronúncia e intimação por edital
 - 4.3.B.6 Pronúncia e crimes conexos
 - 4.3.B.7 Pronúncia e interrupção da prescrição
- 4.3.C Art. 414 – impronúncia
 - 4.3.C.1 Impronúncia e revisão criminal
 - 4.3.C.2 Impronúncia: natureza jurídica e prazo
 - 4.3.C.3 Impronúncia e crimes conexos
 - 4.3.C.4 Impronúncia e ausência de dolo
- 4.3.D Art. 415 – absolvição sumária
 - 4.3.D.1 Absolvição sumária e crimes conexos
 - 4.3.D.2 Absolvição sumária e efeitos civis
 - 4.3.D.3 Absolvição sumária e a revogação do recurso de ofício – Lei nº 11.689/2008
- 4.3.E Art. 419 – desclassificação
- 4.3.E Art. 417 – aditamento à denúncia
- 4.3.E Art. 418 – *emendatio libelli*

- 4.3.E Art. 421 – libelo (revogado) e sistema da íntima convicção
- 4.3.E Arts. 422 e 423 – despacho saneador, relatório e princípio da oralidade
- 4.3.E Art. 424 – a competência do juiz singular para a AIJ
- 4.3.E Art. 425 – a escolha dos jurados
- 4.3.E Art. 426 – lista de jurados: jurado profissional
- 4.3.E Arts. 427 e 428 – o desaforamento e o princípio do juiz natural
- 4.3.E Art. 429 – pauta de julgamento e o princípio do juiz natural
- 4.3.E Art. 430 – do assistente de acusação
- 4.3.E Art. 436 – ser jurado: obrigatoriedade e não direito. Requisitos
- 4.3.E Arts. 439/440 e 441 – privilégio de ser jurado: comprovação da exclusão social
- 4.3.E Art. 447 – composição do Tribunal do Júri
- 4.3.E Arts. 448 a 452 – impedimento, suspeição e incompatibilidade dos jurados
- 4.3.E Art. 455 – ausência do Ministério Público à sessão de julgamento: princípio do promotor natural
- 4.3.E Art. 457 – o direito ao silêncio e o não comparecimento do réu em plenário
- 4.3.E Art. 461 – ausência de testemunha e adiamento ou suspensão do julgamento
- 4.3.E Art. 466 – incomunicabilidade dos jurados
- 4.3.E Art. 468 – recusa imotivada dos jurados
- 4.3.E Art. 469 – concurso de agentes: julgamento primeiro do executor, depois do partícipe
- 4.3.E Art. 471 – estouro da urna
- 4.3.E Art. 472 – sistema da íntima convicção
- 4.3.E Art. 473 – a inquirição direta das testemunhas e o princípio acusatório
- 4.3.E Art. 474 – interrogatório do acusado e uso de algemas
- 4.3.E Art. 475 – o registro da audiência por gravação eletrônica
- 4.3.E Art. 476 – sistema acusatório: sustentação oral do MP
- 4.3.E Art. 477 – dos debates em plenário
- 4.3.E Art. 479 – proibição de leitura de documento ou exibição de objeto
- 4.3.E Art. 480 – conclusão dos debates e esclarecimentos aos jurados
- 4.3.E Art. 481 – a dissolução do Conselho de sentença e a busca da verdade processual
- 4.3.E Arts. 482 e 483 – quesitos: simplificação e formulários
- 4.3.E Art. 484 – leitura e impugnação dos quesitos
- 4.3.E Art. 485 – votação na sala especial e advertência às partes
- 4.3.E Art. 486 – a incomunicabilidade dos jurados: cédula sim e cédula não
- 4.3.E Art. 490 – contradição entre as respostas aos quesitos
- 4.3.E Art. 492 – sentença do juiz presidente
- 4.3.E Art. 497 – atribuições do juiz presidente
- 4.3.E Revogação do protesto por novo júri

Parte III – A Constitucionalização do Júri

5 A Constituição Dirigente

- 5.1 A Constituição como instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito
- 5.2 Ser jurado: direito ou dever do cidadão?
- 5.3 A força normativa da Constituição e a comunicabilidade entre os jurados como imposição constitucional para motivação de sua decisão

Conclusão

Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo estudar a decisão do conselho de sentença no Tribunal do Júri brasileiro exclusivamente no seu aspecto do silenciamento e da ausência de motivação da decisão proferida, em total desarmonia com a Constituição da República, que estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito fundado no exercício pleno da democracia e na dignidade da pessoa humana.

No primeiro capítulo, a incursão é feita, inicialmente, pelo uso da linguagem como modo de ser no mundo, espaço dentro do qual o ser reside e habita, não lhe sendo possível um mundo fora dos limites da linguagem. A vertente principal, contudo, é o compromisso ético-linguístico à luz da filosofia da libertação como forma de proteção do homem oprimido de um país latino-americano como o Brasil. Sem olvidar a ética da alteridade.

A linguagem é tratada em um viés ético de libertação, como compromisso constitucional com o outro, ser igual a nós, em sua diferença. A linguagem não é considerada sob o ponto de vista habermasiano, ou seja, como instrumento de realização da teoria consensual da verdade. Não pode haver consenso com a vida do outro, e esse é o viés com o qual se vai trabalhar: a vida humana, sua reprodução e desenvolvimento.

O júri não pode deixar de passar pelo filtro axiológico da Constituição, pois, como manifestação do exercício de poder conferido ao povo, sua manifestação deve ser democrática, e não pode haver decisão democrática se ela não for fruto de um debate, de discussão entre os jurados.

Nesse viés, a censura imposta pelo regime ditatorial é uma das formas de se impor também ao júri o silêncio, pois a decisão que emana do conselho de sentença espelha o ideal do regime instalado, razão pela qual a censura é estudada como limitação de sentidos.

No segundo capítulo, faz-se uma investigação do júri em alguns países com o objetivo de verificar como é tratada a questão da incomunicabilidade e da fundamentação das decisões do conselho de sentença. Percebe-se que o respeito à decisão condenatória exige, em alguns casos, até unanimidade, mas a formação do conselho de sentença é diferente, razão pela qual há de se perquirir necessária modificação do conselho de sentença brasileiro.

Hodiernamente, as decisões emanadas do júri demonstram um inconformismo por parte dos jurados de não poderem conversar e discutir o fato/caso penal de forma aberta e clara entre eles, pois não raras vezes as decisões alcançadas não são aquelas que desejavam, mas a falta de esclarecimento e compreensão sobre os resultados da quesitação leva o júri a erro: erro sobre a vida do outro, como ser igual a nós, mas em polo social diferente.

O medo é outro fator perturbador do julgamento. A onda midiática se alastra causando temor entre os jurados, fato que já é objeto de mudanças parciais no Código de Processo Penal¹. Logo, a alteração que se faz necessária, e que até então não foi percebida, reside na estrutura do tribunal quanto à linguagem exercida, em todas as suas consequências: comunicação e fundamentação.

No terceiro capítulo, o trabalho passa pela história brasileira do júri, mostrando desde sua chegada no Brasil em 1822 até a chamada reforma processual penal do júri da Lei nº 11.689/2008. Trata-se de uma involução, de um retrocesso social, saber que no Império o júri era mais democrático² do que hoje. A falácia da incomunicabilidade, ou seja, a falsa justificativa para que os jurados não se comuniquem³ não pode subsistir no Estado atual. A decisão tem de ser fruto do debate e exige responsabilidade, razão pela qual a fundamentação é obrigatória. Não há espaço

para o clandestino nem para o oculto nas decisões.

No quarto capítulo, faz-se um estudo do silêncio imposto através da violência pelo Estado quando visa estabelecer mecanismos de controle da população de um modo geral, mas sobretudo com o objetivo de cercear a liberdade criando normas legais de vigília e opressão. A própria função e escolha dos jurados passa por esse filtro, razão pela qual mister se faz uma constitucionalização do júri.

No quinto e último capítulo, a Constituição é o foco principal do presente trabalho, submetendo o júri à sua força normativa, pois no Estado Democrático de Direito não se pode compreender que haja inversão dessa ordem, qual seja: o Código de Processo Penal deve ser interpretado de acordo com a Constituição, e não o inverso.

Se o Estado estabelece com sua Constituição um compromisso ético com o indivíduo, em si, participante que é da vida pública, não pode negar-lhe os direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito ao devido processo legal, que exige a fundamentação das decisões judiciais.

A função de jurado não pode ser obrigatória, como estabelece a lei, mas sim fruto do exercício pleno da democracia, por isso se trabalha com o Direito comparado a fim de mostrar o papel desempenhado pelos jurados em outros países. Nesse caso, no Brasil, se deve repensar o papel da função de jurado, evitando a figura do *jurado profissional* que se enraíza nas comarcas, em especial do interior do País, trazendo graves e sérios prejuízos ao exercício pleno da defesa e do princípio do juiz natural.

O compromisso ético com o outro, como ser igual a nós, não foge do objeto do trabalho, levando em consideração suas diferenças, mas não olvidando seus direitos fundamentais como fundantes do Estado Democrático de Direito instaurado no País, em 1988.

É nesse viés constitucional que o trabalho se encerra.

¹ “A mudança na lei é mais do que necessária. Hoje temos uma realidade totalmente diferente daquela época, com juízes, promotores e testemunhas ameaçados. Não há como julgar grupos de extermínio em comarcas onde ainda temos os reflexos do esquadrão da morte. Se juízes e promotores precisam de escolta, que isenção terão os jurados para julgar?” (depoimento da Deputada Federal Denise Frossard. **Jornal O Globo**, Coluna Rio, 1º de maio de 2005, p. 18).

² Embora a sociedade fosse agrária, o período fosse o da escravidão e a economia, fundamentalmente, do campo e os jurados escolhidos por um processo de renda.

³ Ensina Firmino Whitaker que “a lei, exigindo a incomunicabilidade, pretendeu garantir a independência dos jurados e a verdade das decisões. Só a própria convicção os deve guiar no julgamento” (MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963. v. 1, p. 108).

⁴ “No Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecutorio de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado social” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 85).

PARTE I

A LINGUAGEM COMO FORMA DE EXPRESSÃO E INSERÇÃO DO SER NO MUNDO

A LINGUAGEM COMO FORMA DE EXPRESSÃO DE IDEIAS

1.1 O USO DA PALAVRA COMO UMA DAS FORMAS DE EXPOSIÇÃO DE IDEIAS

O ser humano, ao chegar ao mundo, tem uma necessidade vital de comunicação com seu semelhante, devendo se inserir no contexto social em que se encontra, sob pena de isolamento e exclusão social. Sai da esfera dos objetos e entra, obrigatoriamente, no mundo simbólico da linguagem, onde tudo agora passa a ter um nome, inclusive ele próprio. Nesse momento, começa um processo de anulação do ser que não pode mais fugir da linguagem que lhe é apresentada e imposta. O indivíduo, se quiser se inserir no contexto da linguagem, deverá abandonar o mundo das coisas, dos objetos, para ter sua própria identidade, tal qual a criança que, engatinhando pela casa, começa a tocar em tudo o que encontra pela frente, correndo risco, inclusive, até iniciar um processo novo de comunicação em que, quando aprende, não quer parar mais de falar. Começa um processo de alienação do sujeito.

Nesse sentido, a linguagem é o início da construção de uma nova identidade para o sujeito.¹

*“Desde Crátilo de Platão, a linguagem é considerada como instrumento secundário do conhecimento humano.”*² Crátilo é, praticamente, a primeira obra escrita sobre a filosofia da linguagem e, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a semântica em que duas teses se contrapõem: (a) convencionalismo e (b) naturalismo.³

A pessoa, por sua própria natureza, possui o que se denomina linguagem: é o ser dotado de linguagem.⁴ Por isso, ao se deparar com o universo à sua volta, logo procura nominar, através da linguagem, as coisas que encontra, pois o ser humano é acima de tudo um ser de linguagem. A linguagem é o traço que distingue o homem dos animais, pois lhe atribui a capacidade de tornar-se um ser individual, social e cultural.

1.1.1 Wittgenstein

A linguagem como instrumento de significação no mundo é o desejo de encontrar um outro, diferente ou semelhante dele, e de estabelecer com este outro a comunicação necessária para um entendimento⁵ que poderá ou não ocorrer, dependendo do grau de desenvolvimento em que ele se encontrar. A frase *os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo*⁶ é significativa para compreender os possíveis desníveis em que podem se encontrar os que fazem parte dessa comunicação, ou seja, o *auditório*⁷ que nos ouve deve estar no mesmo nível, sob pena de não se alcançar legitimidade no discurso. Contudo, nem sempre é possível referida isonomia; pode-se excluir do debate um determinado segmento social, e é aqui que surge um compromisso ético do operador do discurso.

Os limites estabelecidos pela minha linguagem (isto é, o nosso mundo) permitem dizer como o mundo é, mas

não que ele é. O que existe é aquilo que vemos e que já está nominado, é uma totalidade limitada ao que se conhece.⁸ Logo, se não conheço, não posso pensar, tampouco posso dizer.⁹

A base dentro da qual Wittgenstein trabalha é a de que a linguagem expressa o mundo sobre o qual ela fala e a respeito do qual nos informa, pois para ele o *mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas*, ou seja, não é a soma dos objetos existentes no mundo, mas de uma estrutura complexa.¹⁰ Logo, fato é o subsistir dos estados de coisas, e o mundo, a totalidade dos fatos. Nesse sentido, mundo é a totalidade dos fatos.¹¹

Por isso, Manfredo Araújo de Oliveira diz que a “*linguagem é a figuração do mundo*”.¹² Para Wittgenstein, “*a realidade total é o mundo*”.¹³

“*Não existe um mundo em si independentemente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre por meio da linguagem*”.¹⁴ Fora dela, linguagem, não há mundo possível. Por isso, **o universo e, portanto, os fatos são limitados pelo uso da linguagem.**

A pré-compreensão é necessária para a compreensão, ou seja, para um modo de ser no mundo.¹⁵ Daí por que, quando o auditório interpreta os *fatos* que lhe são retratados, tal interpretação se funda na possível compreensão que ele venha a ter sobre os fatos.

A questão é: e se não compreendermos (porque não pré-compreendemos), como decidir? Se “*a linguagem é totalidade; é abertura para o mundo; é condição de possibilidade e é constituidora do próprio saber. E se sem linguagem não há mundo, enquanto mundo*”,¹⁶ como fazer quando a linguagem, por si só, não for o suficiente para assegurar o ser no mundo, ou seja, a palavra, por si só, não assegurar ao homem a vida como razão do seu existir? Até porque, quando se fala para um auditório determinado e, portanto, se utiliza a linguagem como condição de possibilidade, tem de se levar em consideração o outro como ser excluído socialmente.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹⁷ ensina sobre a palavra que, por si só, não dá segurança. *In verbis*:

“A quimera da ‘lei que dá conta’ diz respeito ao problema – de impossível solução – da segurança jurídica. Não é preciso saber muito sobre a ‘viragem linguística’ para se ter presente que a palavra não segura nada (não permitindo ‘o’ sentido, mas tão só ‘um’ sentido entre tantos possíveis; tampouco ‘a’ verdade – Toda! –, sempre demais para um humano), justo porque desliza em giros produzidos pelas freudianas condensações e deslocamentos (ou metáforas e metonímias, como queria **Lacan**), motivo bastante para ser levada mais a sério no Direito, o que, de fato, não ocorre. Eis aí a fonte de boa parte do sofrimento de alguns juristas ao se defrontarem com ceguinhos, nefelibatas e catedráticos, como conceituou **Lyra Filho**, mormente em períodos como o atual, onde se manipula discursivamente tudo o que for possível. Os lúcidos, sem embargo, sempre souberam ler nas entrelinhas, de modo a não se iludirem. Bom exemplo são os europeus que viveram sob o jugo de **Hitler** e têm muito a ensinar sobre o assunto: ‘Le leggi contano fino a un dato punto: anche perfette, restano sulla carta quando nelle midolla pubbliche esplodano appetiti, deliri, fobie; ma dove siano sbagliate, disseminano effetti nefasti’” (CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Laterza, 1986. p. 97).

Tradução livre: “As leis contam até um determinado ponto: ainda que perfeitas, restam sobre o papel quando nos miolos que compõem o espaço público explodem apetites, delírios, fobias; mas onde são equivocadas, disseminam nefastos.”

Destarte, não obstante Wittgenstein ter sido, sem dúvida alguma, um dos filósofos mais influentes desde a segunda década do século XX,¹⁸ seu mérito está em *“ter aberto novos horizontes para a consideração da linguagem humana, embora sua perspectiva metodológica o tenha impedido de chegar a uma visão sistemática na investigação filosófica da linguagem cotidiana”*.¹⁹

No júri, como espaço dito democrático, não se pode apenas considerar o consenso alcançado pela comunidade de comunicação, mas, sim, principalmente, o compromisso com os afetados, os excluídos sociais.

1.1.2 Heidegger

Em Heidegger, o fundamento ontológico-existencial da linguagem é o discurso, ou seja, a compreensão do ser no mundo se pronuncia como discurso, e a linguagem é o pronunciamento desse discurso.²⁰ Nesse viés, as palavras não são dotadas de significados e o ganham quando há o exercício da linguagem que pronuncia o discurso humano.

Para Heidegger, *“a linguagem se revela precisamente como a vinculação do homem com o evento do ser”*, o ser acontece na linguagem, pois ela é a casa do ser, ou seja, *“o lugar onde o sentido do ser se mostra”*.²¹ A relação entre a linguagem e o ser é de continente e conteúdo, respectivamente. Aquela contém este. É nela que ele, ser, se manifesta e se expressa.

À medida que surgimos no mundo, começamos a conhecer os homens e tudo o que está ao seu redor, pois iniciamos o ato de falar, comunicando-nos com nossos semelhantes e, conseqüentemente, acessando o mundo como universo que nos contém. Se somos ser no mundo, a linguagem é nossa morada. Nesse viés, a compreensão de mundo é sempre linguisticamente interpretada. Por isso, para Heidegger, quando falamos, desvelamos o mundo, pois é a partir da linguagem que o homem possui o mundo, ou seja, onde todas as coisas podem encontrar seu lugar.²²

1.1.3 Gadamer

Gadamer, estudando a analítica temporal do ser humano em Heidegger, demonstrou que a compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas uma maneira de ser do eis-aí-ser, pois compreendemos a partir de nossas pré-compreensões.²³ A tradição que nos é passada é que torna possíveis nossos conhecimentos, valores, preconceitos, virtudes etc. Por isso, no júri, há uma carga enorme dessa tradição que deve ser vista à luz de um compromisso ético do julgador leigo.

Para Gadamer, a concepção da linguagem é uma concepção de mundo, ou seja, *“a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo, mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem”*.²⁴

Por isso, diz Gadamer *“que não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo”*,²⁵ em outras palavras: um faz parte do outro.

A linguagem possui na conversação seu autêntico ser, visando ao entendimento mútuo entre os participantes. Trata-se de um processo de vida, representando uma comunidade de vida, ou seja, *um processo vital específico e único, pelo fato de que no entendimento da linguagem se manifesta “mundo”*. Tal entendimento que se dá na *“linguagem coloca aquilo sobre o que se discute diante dos olhos dos que participam da conversa”*, por isso

que “a linguagem é por essência a linguagem da conversação, adquirindo sua realidade quando se dá o entendimento mútuo”,²⁶ mas, para tanto, o *Outro* deve ser considerado nesse processo de compreensão. Se a compreensão de mundo que se deve ter deve levar em consideração a realidade do outro que, se não conheço, não posso pré-compreender e, conseqüentemente, compreender, falece, nesse processo, a ética da alteridade.

É quando se vai perceber que essa comunidade de conversação para alcançar o entendimento mútuo deve respeitar o ser excluído socialmente.

1.1.4 Habermas

A linguagem²⁷ vai agora encontrar em Habermas a tentativa de assimilar a tensão entre facticidade e validade,²⁸ demonstrando que tal tensão, inerente à linguagem, imigra desta para o Direito, afirmando que no ato de linguagem, isto é, com a fala, procuramos o entendimento “*com alguém sobre algo no mundo*”.²⁹ O conceito de agir comunicativo é ligado à integração de indivíduos que estão integrados social e comunicativamente. Veja-se:

“O conceito de ação comunicativa alude a um tipo de ação (social) mediada pela comunicação. A linguagem é o meio de comunicação que serve ao entendimento, porém, os atores, ao se entenderem entre si para coordenar suas ações, perseguem, cada um, uma determinada meta. De modo que não se trata primariamente de atos de comunicação, mas de um tipo de interação coordenada mediante atos de fala.

Trata-se de um agir orientado para o entendimento porque os planos de agir se baseiam em um acordo que não resulta de influências, mas do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade ligadas aos atos de fala.”³⁰

Portanto, Habermas parte do pressuposto de que todos os participantes do discurso encontram-se em situação de igualdade no ato de comunicação, entendendo que para aquele que age, estrategicamente, a norma jurídica visa estabelecer um limite ao seu arbítrio. Contudo, para aquele que age comunicativamente a norma jurídica vem a ser uma espécie de guardiã objetiva de sua liberdade.³¹

A ideia de comunicação dirigida ao consenso é essencial no pensamento habermasiano, pois o discurso, em Habermas, não é qualquer ação comunicativa, mas um tipo especial: “*ação comunicativa reflexiva*”.³²

O consenso habermasiano só é alcançado pela superioridade do melhor argumento, ou seja, entre os interlocutores há um que possui superioridade intelectual em relação aos outros. Logo, seus argumentos acabam prevalecendo.³³

Habermas afirma que a verdade é produto do consenso entre os interlocutores do discurso que possuem como pano de fundo a situação ideal de fala.³⁴

Em outras palavras, em uma visão habermasiana do júri, a chamada verdade envolve uma questão com a qual não se pode transigir e aqui haverá um problema na Teoria Consensual da Verdade:³⁵ com liberdade e vida não se pactua consensualmente, pelo menos enquanto eticamente considerados.

A linguagem usada diante de determinado auditório, ou seja, as *condições de possibilidade* da significação podem não ser idênticas, como não são. Aqueles que, de certa forma, não podem dizer por que não podem pensar, nesse contexto, estão excluídos do processo de integração social, por não se encontrarem no mesmo nível do operador do discurso, pois “a argumentação refere-se aos raciocínios persuasivos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração”.³⁶

Ora, essas normas que estabelecem o uso da linguagem no Tribunal do Júri, segundo Moreira³⁷ (embora o autor não esteja se referindo ao tribunal popular, mas às normas em geral), podem ser modificadas quando vierem a ser interrogadas por passar a não representar a vontade legítima do povo, mas sim quando representarem a vontade geral e não a vontade de todos.

Por isso, Rosenfeld³⁸ analisando o conflito entre o eu (*self*) e o outro, tem-no como deslocado, mas não superado, e cita Rousseau:

“Na concepção de Rousseau, a vontade geral não é nem a vontade do indivíduo, nem a da maioria. Ao contrário, tal como Rousseau a vê, a vontade geral é a soma das diferenças entre as vontades individuais, ou o ‘acordo de todos os interesses’ que é produzido pela oposição recíproca de cada um com os demais.”

É possível questionar, portanto, a validade dessas normas jurídicas se elas não atendem ao interesse geral de uma sociedade, razão pela qual, no Tribunal do Júri, há de se perquirir a legitimidade da regra da incomunicabilidade do conselho de sentença³⁹ na medida em que ela impede a discussão ampla, geral e irrestrita dos fatos que são debatidos pelas partes, em plenário, ou seja, a ausência de comunicação entre os jurados.

A linguagem no júri deve ser vista sob um enfoque da ética, e não do consenso, pois não pode haver consenso quando há vida e liberdade em jogo, pelo menos enquanto se estiver compromissado com o outro como ser igual a nós, por sua diferença.

1.1.5 Henrique Dussel

Para tanto, vale acompanhar a reflexão de Henrique Dussel ao analisar a linguagem que envolve vida e liberdade, não sem antes se entender o que chama de o outro em seu *Método*.⁴⁰

Dussel faz uma abordagem crítica construtiva da filosofia europeia chamando a atenção para os povos pobres da América Latina em relação às oligarquias dominadoras, ou seja, Habermas (e outros filósofos do mundo europeu) fala para o povo alemão, Europa, e não para a periferia pobre dominada. Logo, deve-se ter em mente que há uma especificidade na América Latina que não pode ser desconsiderada.

Tratar o outro, como ser igual, é um comportamento ético do filósofo, ou seja, trata-se de um compromisso moral que não pode ser abandonado, nem descumprido.

Dussel afirma:

“A filosofia latino-americana é um novo momento da história da filosofia humana, um momento analógico que nasce após a modernidade europeia, russa ou norte-americana, mas antecedendo a filosofia africana e asiática pós-moderna que constituirão conosco o próximo futuro mundial: a filosofia dos povos pobres, a filosofia da libertação.

A Europa não aceita essa nova posição. Não quer aceitá-la.

A Europa (e seus prolongamentos culturais dominadores) não sabe ouvir a voz do outro: da América Latina, do mundo árabe, da África negra, da Índia, China ou do Sudeste asiático.”⁴¹

Não quer Dussel desconsiderar a importância da filosofia europeia, mas chamar a atenção para uma nova posição que se deve ter em se tratando de uma comunidade periférica, explorada e sacrificada pelas Nações

dominantes. As consequências humanas desse processo de exclusão social, política e econômica nessas nações são catastróficas, pois é cediço que a globalização traz efeitos positivos para Países como os EUA e a França, por exemplo.⁴² Mas, se se olhar para a periferia, como Angola, Congo e Namíbia, o resultado será diferente. Razão pela qual, na linguagem de Dussel, a *vítima*⁴³ não pode ser esquecida, sob pena de ausência de legitimidade dos atos que governam a vida dela. Por isso Dussel indaga:

“Como se sabe que a necessidade X determina a exigência ética de convocar o afetado para a discussão? Achem-se os afetados convocados em situação simétrica? Quem ou com que critério ético descobre essas necessidades e com que princípio se produz o processo que culmina na simetria? Estes e muitos outros problemas materiais, Habermas os deixa por resolver.”⁴⁴

Aqui, nessa passagem, critica a ética do discurso⁴⁵ habermasiano. A ética do discurso é perigosa porque exclui as vítimas, pois, não obstante haver um *consenso*, não tem apoio em uma ética de conteúdo formal, ou seja, a vida humana em toda sua essência e nos seus principais aspectos: da produção (da vida humana), da sua reprodução e do seu desenvolvimento. Logo, a análise da globalização não pode ser feita para o centro do *umbigo* norte-americano, mas sim para os Países que se encontram em situação econômica, social, política e cultural diferenciada na periferia e, em decorrência, que irão sofrer diretamente as consequências do mundo globalizado.

Atualmente, os Países que estão fora da tecnologia globalizada permanecem dentro de certos limites territoriais e impedidos de gerarem significados comunitários, ou seja, confinados não se comunicam e nem geram produção de riqueza entre eles, até porque estão excluídos dela. São Países que fornecem a riqueza aos outros quando emprestam, por exemplo, sua mão de obra barata,⁴⁶ suas terras, sua matéria-prima etc.

No mesmo diapasão, os *outros* Países, os que estão incluídos no sistema globalizado, garantem sua extraterritorialidade de uma forma material, qual seja: tornam-se fisicamente inacessíveis aos excluídos do processo globalizado por não terem estes a senha de entrada.

Com isso, os espaços urbanos onde todos se encontravam, discutiam, debatiam, concordavam ou não, expunham suas ideias, enfim, trocavam informações, foi radicalmente diminuído, o que, por si só, causa uma certa exclusão social, econômica, cultural e política, permitindo, inclusive, o nepotismo e a ditadura. Para as elites, tal isolamento é benéfico, mas para os outros surge um afastamento forçado e penoso. É pago um preço cultural, psicológico e político muito alto.⁴⁷

Dussel, citando Marx, afirma:

“Marx dizia que a história de toda a sociedade até nossos dias não foi senão a história das lutas de classes.

Se é verdade que as diferentes classes lutam, e se é verdade que o proletariado de nações de um mesmo tipo pode se unir, também é verdade que Marx não pôde considerar um duplo aspecto essencial para América Latina: em primeiro lugar, que há nações do centro ou imperiais e outras dependentes e por isso subdesenvolvidas, e, em segundo lugar, que existe uma exterioridade do mundo capitalista burguês que pode saltar, sem mediação de um capitalismo desenvolvido, de uma sociedade primitiva ou tradicional para um sistema pós-capitalista.”⁴⁸

Dussel vem concluir em seu Método que a filosofia na América Latina é latino-americana, ou seja, não se pode pensar filosoficamente senão por meio da práxis latino-americana e não europeia,⁴⁹ pois a proposta latino-americana é e deve ser diferente do mundo europeu, que é um mundo com realidade política, econômica, cultural diferentes da

latina. Logo, os argumentos usados para persuadir no Tribunal do Júri devem levar em consideração que a filosofia da linguagem deve inserir em seu contexto a realidade latina, e não a europeia. Em outras palavras, **preocupar-se com o processo de libertação ética do homem, e não seu aprisionamento geográfico. O mundo latino não é globalizado**, e sim excluído social, política, cultural e economicamente.

A vida é o compromisso principal do operador social do Direito e, por obviedade, não pode ser transacionada em um balcão de negócios mediante a chamada doutrina consensual da verdade habermasiana.

O problema habermasiano é a forma de se alcançar o consenso moral identificando verdade com validade. Por isso, Dussel, compromissado com a Ética da Libertação, vem afirmar que:

“A vida é a condição absoluta e o conteúdo constituinte da realidade humana impondo-se-nos mantê-la, defendê-la, conservá-la, em face de nossa responsabilidade comunitária.

O respeito e re-conhecimento do outro como outro é o momento ético originário por excelência que estamos analisando, o suposto em toda explicação ou todo assentimento livre (sem coação) diante do argumentar do outro. Porque respeitar a dignidade e reconhecer o sujeito ético do novo outro é o ato ético originário racional prático, pois é dar lugar ao outro para que intervenha na argumentação não só como igual, com direitos vigentes, mas como livre, como outro, como sujeito de novos direitos.

A diferença entre a Ética do Discurso e a Ética da Libertação é a seguinte: a primeira parte da própria comunidade de comunicação; a segunda, dos afetados excluídos dessa comunidade: as vítimas da não comunicação.

A Ética da Libertação se situa justamente na situação excepcional do excluído, isto é, no momento mesmo em que a Ética do Discurso descobre os próprios limites.”⁵⁰

Nesse sentido, não há validade no discurso utilizado perante o Tribunal do Júri se não o utilizar com ética, ou seja, se o outro não for visto como um ser igual a nós, na sua diferença, e que é desprovido dos mecanismos necessários para uma perfeita inserção social. O consenso obtido com a linguagem compromete, ou pode comprometer, a vida e, portanto, não serve como instrumento de realização de justiça. É antiético, carece de legitimidade e não encontra harmonia com o texto constitucional, pois transforma a coação estatal em violência ao perder legitimidade.

*“A coação legítima é ética na medida em que se exerce cumprindo com as exigências dos princípios material, formal, discursivo e de factibilidade ética: que se garanta a vida de todos os afetados, que participem simetricamente nas decisões de mediações factíveis eticamente.”*⁵¹

Ferrajoli, prelecionando sobre o *papel do juiz e a legitimação democrática de sua independência*, não deixa margem à dúvida quanto ao poder exercido pela maioria quando se leva em linha de conta a questão do consenso, *in verbis*:

“Nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro, nem, portanto, legitimar com seu consenso uma condenação infundada por haver sido decidida sem provas. Pois isso me parece inaceitável e perigosas para as garantias do justo processo e, sobretudo, do processo penal as doutrinas ‘consensualistas’ e ‘discursivas’ da verdade que – nascidas no contexto de disciplinas muito diferentes, como a filosofia das ciências

naturais (Kuhn), ou a filosofia moral ou política (Habermas) – alguns penalistas e processualistas queriam importar agora no processo penal, quiçá para justificação dessas instituições sobre a pena. Nenhum consenso pode valer como critério de formação da prova.”⁵²

1.2 A DEMOCRACIA COMO EXERCÍCIO DO PODER: O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

É cediço por todos a famosa frase de *Lincoln* quando se refere ao exercício do poder, na democracia: “governo do povo, pelo povo e para o povo”.⁵³ A Constituição da República brasileira de 1988 estabeleceu uma ordem normativa da qual não se pode afastar e sem a qual não haverá democracia possível, pois o exercício da cidadania é fundamento do Estado Democrático de Direito. Não há democracia possível sem que o indivíduo possa exercer, plenamente, seus direitos constitucionais. Do contrário, o exercício do poder falece de legitimidade e se torna arbitrário.

O princípio democrático é uma forma de vida⁵⁴ e, conseqüentemente, de legitimação do poder, pois no viés dusseliano com o qual se está trabalhando não se pode abrir mão do elemento vida, no exercício do poder; e se o poder é exercido sem se fundar, sem estar compromissado com esse elemento, não tem legitimidade.

A participação popular no Tribunal do Júri é fruto do princípio democrático que implica, necessariamente, a democracia participativa onde cidadãos aprendem a democracia participando dos processos de decisão do poder (jurisdicional) estatal sem perder o senso crítico nas divergências de opiniões dentro do grupo heterogêneo que deve ser o conselho de sentença.⁵⁵

Ora, se o *princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo*,⁵⁶ em seu tríplice aspecto (executivo, jurisdicional e legislativo), a decisão do conselho de sentença deve obedecer aos princípios e regras constitucionais para que seja legítima.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático e, se a vida e a liberdade integram esses direitos, qualquer ato atentatório deles está eivado de inconstitucionalidade, se não o for dentro do princípio democrático. Logo, no Tribunal do Júri há que se perquirir se a *decisão democrática*⁵⁷ do conselho de sentença foi fruto do embate ético-linguístico. Por isso, Canotilho ensina:

“os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral)”.⁵⁸

A contribuição de cada cidadão (*princípio-direito da igualdade e da participação política*),⁵⁹ integrante do conselho de sentença, na decisão judicial é fruto, portanto, do modelo constitucional escolhido no País,⁶⁰ que deve ter um comprometimento ético, por ser puro exercício do poder que, para ser legítimo, deve estar fundado no respeito aos direitos e às garantias fundamentais que inclui a necessária e inafastável fundamentação da decisão do conselho de sentença e a comunicabilidade entre os jurados (art. 93, IX, da CR).

Nesse viés, o princípio democrático serve de coluna vertebral de todo o sistema jurídico constitucional cuja formulação mais abstrata consistiria em sustentar que todo o poder pertence, em última análise, ao povo.⁶¹

Não há mais espaço, no ordenamento jurídico brasileiro, para se olhar o júri sem que haja a transparência da decisão do conselho, ou seja, sua fundamentação, sua racionalidade, pois as garantias constitucionais são exatamente as técnicas previstas no ordenamento para diminuir a distância existente entre a normatividade e a efetividade, possibilitando, consequentemente, a máxima eficácia dos direitos fundamentais.⁶²

Na medida em que a Constituição assegura ao acusado a fundamentação de toda e qualquer decisão judicial por se tratar, exatamente, de transparência dos atos do Estado, de visualização pública do poder exercido em nome da sociedade, não pode a lei processual penal⁶³ ter validade perante a Carta Magna. Até porque se trata de um texto legal fruto do autoritarismo *varguista* em que a censura e o silêncio eram o norte de sua ideologia política, não havendo espaço político, hoje, para tal comportamento e justificação, sob pena de se admitir uma função estatal sem transparência.

Contudo, para a decisão do conselho de sentença ser democrática, se precisa muito mais do que ser por maioria. Nesse sentido, assiste razão a Aury Lopes Jr., quando refuta a ideia de democracia no júri pelo simples fato de ser formal representativa. A questão envolve a representatividade dos jurados + fundamentação da decisão + comunicabilidade do júri + quórum da decisão + compromisso ético com a liberdade.⁶⁴

Entretanto, não se pode esquecer que o júri nasce exatamente para retirar das mãos do déspota o poder de decidir a vida dos nobres, dando a estes a legitimidade para julgar-se entre si. Eram os nobres julgando os nobres, ou seja, julgados entre seus pares.

Democracia é definida como sendo uma técnica de convivência orientada na solução não violenta dos conflitos,⁶⁵ razão pela qual, se a decisão dos jurados é democrática, devem ter como seu limite as balizas da Constituição.

Não há dúvida, portanto, de que há no júri expresso exercício de poder que, como tal, deve ser democrático, sob pena de invalidar a decisão dos jurados. Logo, não basta a decisão ser apenas por maioria; ela tem de estar comprometida com a liberdade do outro, ou seja, deve haver um compromisso ético, na decisão, que somente será alcançado pela plena comunicação entre o conselho de sentença e sua necessária fundamentação.

Warat ensina, através da “*teoria dos corpos sucessivos, que o indivíduo é o conjunto de relações que o constitui, razão pela qual tenho que o escutar e só posso fazê-lo se ele, realmente, se sentir escutado*”. Logo, “*trabalhar os conflitos passa a ter uma dimensão humana essencial exigindo que as partes voltem a ser vistas como pessoas e não como elementos componentes de uma lide*”.⁶⁶

O processo criminal passa a ser o ambiente de proteção do indivíduo e não de punição, exclusivamente. Somente através dele é que se pode punir um indivíduo (princípio da necessidade: *nulla poena sine iudicio*), mas a punição deixa de ser o objetivo principal do processo para ser algo secundário, colocando o indivíduo com meta principal da resolução do caso penal. O ser humano passa a ser visto no processo criminal e não a *lide* (ou o caso penal).

Esta parece a razão pela qual a luta pela defesa dos direitos fundamentais, em uma visão waratiana, é uma luta de toda a sociedade e não do réu, em especial. Não são *direitos do preso*, como comumente se diz, mas direitos de cada um isoladamente que, por serem corpos sucessivos, são direitos da mesma pessoa. Ao proteger o outro, me protejo. Ao me proteger, protejo o outro. Somos um só.

É comum se ouvir *teses* e entendimentos de que é necessário restringir direitos e garantias fundamentais para conter a onda de violência que assola os grandes centros urbanos, porém não se percebe que tal postura visa a levar aqueles que assim entendem a cair em uma areia movediça, ou seja, estão defendendo a diminuição dos seus

próprios direitos, não dos outros. Os outros são eles mesmos.

O júri, por estar dentro de um sistema de garantias, não pode fugir dessa rede de proteção.

1.3 A CENSURA COMO LIMITAÇÃO DOS SENTIDOS

Ao tratar do elemento censura, visando à castração de ideias, tem-se como objetivo tratar do rompimento da ordem constitucional vigente com endurecimento do regime e, consequentemente, limitação do poder de julgar, ou manipulação positivista dos textos legais. Em uma ditadura, uma das primeiras providências no campo jurídico é engessar o ator jurídico com um novo código penal, ou processual penal, ou ainda elaborar leis casuisticamente, sejam duras ou não, mas sempre visando aos interesses do regime em vigor.⁶⁷

1.3.A Edmundo Mezger

Exemplo marcante, dentre outros, no sistema jurídico, da utilização de um cérebro a serviço de um regime ditatorial, de exclusão e eliminação de todos aqueles que se voltaram contra o governo é a obra de Edmundo Mezger,⁶⁸ jurista suíço que serviu ao regime nazista do nacional-socialista. Mezger se tornou, pelos seus estudos, o penalista mais importante de sustentação do regime nacional socialista e racista de Hitler ao defender a tese, por exemplo, da *culpabilidade pela condução da vida*.⁶⁹ Era defensor também da tese da *inimizade jurídica*, ou seja, quando o autor mostra com seu fato uma atitude total que é incompatível com um sano sentimento do justo e do injusto.⁷⁰ Nesse caso de inimizade jurídica, os indivíduos que possuíssem defeitos no aprendizado e dificuldades de amoldarem-se ao estilo de vida deveriam ser castigados com a pena do delito doloso se não tivessem, no momento de cometer o fato, uma representação correta e atual do caráter proibido de seu agir. O regime penal defendido por Mezger estabelecia pena de morte para delitos de *ações homossexuais, aborto e ultraje à raça*. Este último crime levou à punição à pena de morte um cidadão judeu de nome *Katzenberger* por ter mantido relação sexual com uma mulher alemã casada,⁷¹ ou seja, puro adultério.⁷²

Na Polônia, ocupada pela Alemanha, criou-se um Direito Penal específico para o País pelo qual uma mulher polaca foi condenada à pena de morte por ter agredido, com uma bolsa, o rosto de uma mulher alemã. A Constituição brasileira de 1937 inspirou-se na Polônia, por isso chamada de “A Polaca”, e, por via de consequência o Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado com base na Constituição de 1937.

Para Mezger, defensor, por meio do Direito Penal, do nazismo, a função da pena deve ser a *eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça*, propondo, inclusive, medidas de higiene racial para a eliminação das raças criminosas, pois as leis que ajudou a elaborar no nacional socialismo hitleriano eram baseadas na superioridade da raça ariana e na pureza do sangue.⁷³

Luiz Alberto Machado, prelecionando sobre as Escolas e outras tendências no Direito Criminal, ensina sobre o autoritarismo no Direito Criminal:

“Em oposição ao Direito Penal democrático-liberal, o Direito Penal autoritário é a negação de um, ou de todos, os caracteres daquele; sirvam de exemplo de Direito Penal autoritário o da Rússia, o da Alemanha nazista e o da Itália fascista. No direito penal alemão a igualdade foi afastada pela distinção entre arianos e não arianos e, mesmo entre os arianos, pelo estabelecimento do Direito Penal da vontade (*Schuldsstrafrecht*) em contraposição ao Direito

Penal da conduta: a vontade deveria ser perquirida na mente, antes da sua manifestação.”⁷⁴

No mesmo sentido, o Brasil não ficou fora desse sistema ditatorial de elaboração de textos legais que tivessem como objetivo a sustentação legal do regime, sabedor que era Vargas de que o Direito e o Processo Penal são as armas mais poderosas e terríveis de que pode dispor o governo para manipulação e exclusão da massa, razão pela qual a exposição de motivos do Código de Processo Penal, elaborada pelo Ministro Francisco Campos, é significativa, *in verbis*:

“As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Esse é o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código.”

1.3.B Olga Benario

Caso emblemático da ditadura varguista foi o de Olga Benario⁷⁵ mulher de Luiz Carlos Prestes, o líder da chamada *Coluna Prestes*. Olga, responsável inicialmente pela segurança de Prestes de Moscou para o Brasil acabou, durante a viagem, se apaixonando por ele e vice-versa. No Brasil, objetivando instalar o comunismo no País tentaram um golpe que ficou conhecido como a *intentona comunista*, porém foram presos pela força policial de Felinto Müller, um ex-integrante da Coluna Prestes, que foi expulso por ser acusado de covardia e corrupção. A tortura era largamente utilizada no governo Vargas, tanto que Arthur Ewert, membro da Aliança Nacional Libertadora, foi torturado com um ferro quente enfiado na uretra.⁷⁶

Presos Olga Benario e Luiz Carlos Prestes, Vargas queria deportá-la para a Alemanha, mas a lei brasileira não permitia, pois Olga esperava um filho de Prestes. O governo de Vargas queria ser simpático a Hitler ao lhe entregar Olga, e vários foram os protestos internacionais contra deportação dela, que, apesar de tudo, foi entregue à Gestapo (Polícia secreta de Hitler). A filha de Olga e de Prestes, Anita Leocádia, nasceu em 27 de novembro de 1936, numa prisão alemã, em um campo de concentração nazista. Tempos depois, Olga fora executada numa câmara de gás. Tudo graças à ação do Governo brasileiro na pessoa de Getúlio Vargas.⁷⁷

É nesse ambiente que nasce o projeto de processo penal apresentado por Francisco Campos, Ministro da Justiça e Negócios Interiores de Getúlio Vargas, não sem antes, em abril de 1935, Vargas ter um motivo para aprovar a Lei de Segurança Nacional e legitimar suas ações, julgando aqueles que chamava de *comunistas*, muitos, em verdade, opositores do seu regime fascista, mas sem ideologia comunista. Tratava-se de mera resistência a um regime de força que era imposto ao País.

O Processo Penal brasileiro, portanto, é

“de corte nitidamente autoritário, pois inspirado na reforma do Código de Processo Penal italiano realizada por Rocco (Ministro da Justiça de Mussolini), optando pela minimização dos direitos e garantias fundamentais, e

adotando um modelo processual de corte nitidamente inquisitivo”.⁷⁸

Por tal razão, tratar-se-á aqui de dois rompimentos constitucionais: 1937 (Estado Novo rompendo com a ordem constitucional de 1934) e 1964 (Ditadura Militar rompendo com a ordem constitucional de 1946: fim da Era Vargas), tudo visando entender a questão da censura, que não é objeto apenas dos governos totalitários.

1.3.C O silêncio

A questão do silêncio imposto pelas ditaduras deve ser vista pela manipulação dos sentidos, pois o que se proíbe é um sentido diferente daquele que é imposto pelo regime em vigor; não obstante a palavra ser permitida, mas não o é com o sentido que se quer dar. Nesse caso, procura-se expressar da forma que é permitida dizendo o que se quer dizer, mas com um significado diferente.⁷⁹

Logo, nem sempre a expressão verbal significa ausência de silêncio, manifestação de sentidos, pois “*há silêncio nas palavras, elas produzem silêncio*”.⁸⁰ O próprio ato de falar exclui o que não foi dito, pois quando se diz algo – porque se elegeu para dizer – o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado.

A linguagem, expressada através do silêncio, é significante: há sentido no silêncio! Por isso se diz que ele (silêncio) “*é fundante, matéria significante por excelência; é a realidade do discurso*”.⁸¹

*“A linguagem é passagem incessante das palavras ao silêncio e do silêncio às palavras.”*⁸²

O silêncio no júri faz surgir o que há de pior na teoria da culpabilidade, ou seja, o direito penal do autor, e não do fato, pois o que se leva em consideração é a personalidade do agente, seus sintomas que devem ser corrigidos do “mesmo modo que se corrige uma máquina que funciona mal”.⁸³ Tanto que a todo instante o Código de Processo Penal fazia questão da presença do acusado, durante a instrução e em plenário do júri,⁸⁴ não permitindo que ele fosse julgado à revelia quando se tratasse de crime doloso contra a vida inafiançável. O pensamento de que o comparecimento do réu seria inerente ao exercício da autodefesa do cidadão acusado não podia justificar a obrigatoriedade de o réu comparecer em juízo, pois se a defesa técnica entendesse por bem que o réu não devia comparecer, ou que quer ele permanecesse em silêncio, não faz sentido tal obrigatoriedade. O réu iria comparecer em juízo para dizer que queria permanecer em silêncio. O direito ao silêncio traz como consectário lógico o direito de não comparecer em juízo, desde que cientificado para tal.

Nesse sentido, o silêncio imposto no júri impedia que se pudesse obter a fundamentação necessária e a democratização das decisões judiciais. Com a reforma da Lei nº 11.689/2008, a situação continua não obstante o réu não ser mais obrigado a comparecer ao julgamento em plenário (art. 457 do CPP). O legislador não teve a coragem de exigir a fundamentação da decisão do conselho de sentença ou, em uma concepção mais realista, o legislador não respeitou a Constituição da República (art. 93, IX).

No júri, os jurados não falam, mas “não estão apenas mudos, estão em silêncio: há o ‘pensamento’, a introspecção, a contemplação”,⁸⁵ a oitiva da fala dos atores jurídicos, a observação dos aspectos físicos e sociais do réu, trata-se de um julgamento muito mais social do que jurídico. Em regra, somos nós contra os outros.

1.3.1 A censura no Governo Vargas

Não demoraria muito e o mundo assistiria a uma ascensão das ideias totalitárias e autoritárias que ganhavam força na Europa: Benito Mussolini, na Itália fascista, em 1922; Josef Stalin, na União Soviética, em 1924; e Adolph Hitler, na Alemanha nazista, em 1933; além de Portugal ser governado por um regime totalitário de António Oliveira Salazar, em 1933, e o General Francisco Franco sufocara democracia na Espanha. Era a chegada, avassaladora, da repressão pelos quatro cantos do mundo.

Getúlio Vargas sentiu-se autorizado pela ordem mundial e pelas várias crises políticas e econômicas que ocorreram a fazer o mesmo no Brasil, instituindo a ditadura brasileira, em 10 de novembro de 1937, destacando-se como principais motivos: as paralisações nos transportes, nas comunicações e nos bancos; a edição da Lei de Segurança Nacional, em 4 de abril de 1935; a tentativa de golpe da Internacional Comunista em 1935, com a criação, pelo governo de Vargas, do Tribunal de Segurança Nacional e o chamado Plano Cohen (um plano de insurreição comunista datilografado no Ministério da Guerra pelo oficial integralista, Cap. Olímpio Mourão Filho⁸⁶). Como consequência do Plano, Vargas aprovou no Congresso a supressão das garantias constitucionais e estabeleceu o estado de guerra).

Era a iminência do Golpe.

Nesse sentido é que surge o Golpe de 1937, que, embora tenha significado uma ruptura com a ordem constitucional, não representou uma mudança abrupta, repentina, mas sim a consolidação de um processo lento de fechamento e repressão que já estava sendo elaborado com apoio de intelectuais, políticos civis e militares, desde que Vargas chegou ao poder, após a derrubada de Washington Luís, em 1930. Era um processo de silenciamento violento, instituído politicamente.

O Levante Comunista⁸⁷ de novembro de 1935, foi o marco inicial decisivo para explicar a instauração do Estado Novo, pois comunistas da *Aliança Nacional Libertadora*, liderados por Luís Carlos Prestes⁸⁸ reunidos nos quartéis do Exército no Rio de Janeiro, Natal e no Recife, se voltaram contra a política de Vargas visando instituir no País um *governo popular e revolucionário*. Era uma ameaça ao governo Vargas e não apenas um pretexto para o Golpe de 1937. Nasce, no Estado, o anticomunismo.

Para conter essa *onda comunista nacional*, Vargas estabelece um maior rigor e pressão nas prisões do País, protagonizando um dos casos mais emblemáticos citados acima, que foi a prisão e tortura do comunista alemão Harry Berger (Arthur Ewert), que ficou insano mentalmente em decorrência das torturas que sofreu no cárcere.

Durante o Estado Novo⁸⁹ Vargas estabeleceu uma série de leis visando a julgamentos sumários e à prisão de todos os comunistas, bem como a criação de uma polícia nacional que pudesse agir em todo o território nacional (fazendo com que prescindisse do Exército) e lhe dando maior mobilidade à repressão.

Estabelecidos o terror, o medo e o silêncio, o ambiente fica propício para a produção dos textos legais que vão normatizar e legitimar a ditadura. É exatamente sob a égide da *Constituição Polaca*⁹⁰ que vem o Decreto-lei nº 167/38 e, posteriormente, o Código de Processo Penal disciplinando o Tribunal do Júri.

“Sob o influxo do estado Novo – Estado Ditatorial e absolutista – o Tribunal Popular sofre novo golpe [...] Isso no autoriza a concluir que, em momentos de submissão a governos ditatoriais, o Tribunal do Júri sofreu as suas maiores perdas.”⁹¹

Michel Foucault, analisando as relações existentes entre o direito e o poder, assevera que:

“Nas sociedades ocidentais, e isto desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder régio. Foi a pedido do poder régio, foi igualmente em seu proveito, foi para servir-lhe de instrumento ou de justificação que se elaborou o edifício jurídico de nossas sociedades. O direito no Ocidente é um direito de encomenda régia. Todos conhecem, claro, o papel famoso, célebre, repetido, repisado, dos juristas na organização do poder régio.

[...]

O personagem central, em todo o edifício jurídico ocidental, é o rei. É do rei que se trata, é do rei, de seus direitos, de seu poder, dos eventuais limites do seu poder, é disso que se trata fundamentalmente no sistema geral, na organização geral, em todo caso, do sistema jurídico ocidental.”⁹²

Logo, para Foucault, a organização do direito em torno da soberania e a mecânica das coerções exercidas pelas disciplinas impelindo a que procedimentos de normalização colonizassem cada vez mais os procedimentos da lei, fazem surgir o que chama de “sociedade de normalização”.⁹³

Há no governo Vargas um silenciamento, ou seja, um pôr em silêncio, a produção do interdito, do proibido.⁹⁴ No governo Vargas proibem-se certas palavras para se proibirem certos sentidos, pois todo e qualquer discurso que fosse feito em desacordo com os ideais políticos do Estado Novo seria reprimido, como o foi. Logo, qualquer tribuna ou órgão judicial que representasse uma ameaça a seus ideais deveria ser cassado; em contrapartida, qualquer outro que significasse a expansão de suas ideias deveria ser difundido.⁹⁵

No DIP,⁹⁶ sob a liderança de Lourival Fontes, uma das metas fundamentais do projeto autoritário varguista era obter o controle dos meios de comunicação, garantindo, assim, a homogeneidade cultural no País. Os ideais do governo eram transmitidos por meio das cartilhas infanto-juvenis e dos jornais nacionais, passando pelo teatro, a música, o cinema, e registrando presença nos carnavais, festas cívicas e populares. Todo meio de comunicação era vigiado, ou seja, eram as ideias sendo controladas e os ideais do governo sendo difundidos.⁹⁷

“O discurso de propaganda é um discurso de censura, mas a censura, em compensação, não é necessariamente da ordem de propaganda.” ⁹⁸ Razão pela qual a censura imposta ao júri oculta a verdade (se é que ela existe) dos fatos, ou, na pior das hipóteses, escondendo-os, impede-se que haja uma decisão ao menos justa, ou a menos injusta possível.

1.3.1.A Medo e imprensa

Censura não é, entretanto, privilégio dos governos autoritários.⁹⁹ A imprensa mundial,¹⁰⁰ hodiernamente, não obstante na maior parte do mundo se encontrar a democracia, é censurante na medida em que permite que “*Fulano possa partir para Beirute ou Bagdá; no entanto, é em Seattle ou Atlanta que Bill Gates ou Ted Turner já decidiram que nada do que se passa no Líbano ou Iraque fará sombra aos aliados e negócios de Microsoft ou de Time Warner*”.¹⁰¹ Portanto, há uma nova (ou velha com roupa nova) modalidade de censura que influencia o conselho de sentença, no júri, pois não raros os casos em que as partes juntam aos autos recortes de jornais, exibem filmes com entrevistas ou matérias jornalísticas, todas se referindo à violência ou à injustiça social. Nesse caso, o medo é incutido na cabeça dos jurados por meio das matérias jornalísticas visando à difusão da cultura do medo, do pânico urbano, mas óbvio em um *efeito paravento*.¹⁰²

Bauman assevera:

“Os medos contemporâneos, os ‘medos urbanos’ típicos, ao contrário daqueles que outrora levaram à construção de cidades, concentram-se no ‘inimigo interior’. Esse tipo de medo provoca menos preocupação com a integridade e a fortaleza da cidade como um todo – como propriedade coletiva e garante coletivo de segurança individual – do que com o isolamento e a fortificação do próprio lar dentro da cidade. Os muros construídos outrora em volta da cidade cruzam agora a própria cidade em inúmeras direções. Bairros vigiados, espaços públicos com proteção cerrada e admissão controlada, guardas bem armados no portão dos condomínios e portas operadas eletronicamente – tudo isso para afastar concidadãos indesejados, não exércitos estrangeiros, salteadores de estrada, saqueadores ou outros perigos desconhecidos emboscados extra muros.”¹⁰³

O medo não é novo, não obstante Bauman estar se referindo ao *medo contemporâneo*, pois na Europa da Idade Moderna o medo já estaria disseminado, representado das mais diversas formas, como o mar, a saúde e a fome, por exemplo, mas sempre usado como instrumento de manipulação da massa.

No Brasil, determinadas capitais, como Rio de Janeiro e São Paulo, protagonizam cenas de violência para o mundo todo por meio da mídia,¹⁰⁴ o que, por si só, causa certo impacto no turismo e, conseqüentemente, na economia, pois se difunde o medo de que esses lugares são instáveis e perigosos para qualquer empreitada de mercado, moradia, investimento econômico e atuação política por parte de outros países.

O júri, por sua vez, contaminado pelo medo urbano,¹⁰⁵ acaba decidindo pelo medo que sente dos seus medos internos e inconscientes exteriorizados na vida do outro, durante o julgamento. Não são poucos os jurados que, após o julgamento, afirmam ter passado por situação idêntica àquela objeto de julgamento e que, por tal razão, sabem que aquilo que foi dito pela acusação (ou pela defesa) é verdadeiro, mesmo que as provas dos autos não sejam tão convincentes assim. É o famigerado princípio da íntima convicção em desarmonia com a Constituição da República (art. 93, IX), que exige que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, sob pena de nulidade, e a do júri não pode fugir desse imperativo. Se assim o fosse, dar-se-ia transparência às decisões do júri.

A experiência do jurado (leia-se o medo o qual já sentiu) leva-o a decidir sobre a vida do outro, porquanto, naquele momento, seja diferente dele,¹⁰⁶ mas é que um dia a localização processual pode se inverter.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assevera:

“Quando a questão diz respeito à Segurança Pública e suas Políticas, não se pode responder pelo mero impulso imaginário, típico da turba enleada no discurso dos meios de comunicação, justo porque as respostas, nesses casos, dizem sempre respeito aos outros. A grande conquista da razão no espaço da democracia moderna foi fazer – pela cultura – as pessoas entenderem que a defesa do outro (do latim *alter*) significava a defesa de si mesmo e das regras do jogo, até porque nunca se sabe quem será o próximo a ser perseguido [...]. Nessa hora – sempre tão amarga – percebemos que precisamos da proteção das leis; e da sensibilidade e da compreensão dos nossos iguais. Se, por outro lado, não nos dermos conta disso – seguindo a linha egoísta da competitividade absurda dos nossos dias –, seguiremos com medo (dos outros, sempre, como se só eles fossem os infratores das leis!) e reféns da nossa própria atuação, à qual pode-se não ter perdão. Ninguém consegue ser feliz quando se vive com medo; dos outros e das leis. Eis, então, a necessidade de um discurso inteligente de média, que afronte o medo pelos dois polos.”¹⁰⁷

Contudo, a censura a que se refere é a imposta pelo regime totalitário, “a censura em sua materialidade linguística e histórica, ou seja, discursiva”.¹⁰⁸ No autoritarismo não há reversão no discurso, ou seja, o sujeito não pode ocupar diferentes posições: “ele só pode ocupar o ‘lugar’ que lhe é destinado, para produzir os sentidos que não

lhes são proibidos. A censura afeta, de imediato, a identidade do sujeito”.¹⁰⁹

Enfim, termina a Segunda Guerra Mundial, não obstante se iniciar uma nova espécie de guerra: a guerra pela manutenção do domínio. A ditadura mundial foi derrotada. Acabam a censura e as formas de limitação de sentidos. O Brasil entra em nova fase política.

E a ditadura no Brasil, com Vargas, como ficou?

“À medida que a maré da guerra mudava a favor dos aliados, em 1943, Vargas foi se preparando para a nova atmosfera política que seria criada por uma vitória aliada. [...] Os brasileiros tinham-se dado conta da anomalia de lutar pela democracia no exterior, enquanto persistia uma ditadura em seu próprio País.”¹¹⁰

Com o declínio das forças autoritárias no mundo, os pracinhas brasileiros da Força Expedicionária Brasileira (FEB), que foram lutar contra a ditadura dos Países do eixo (Alemanha, Itália e Japão), retornaram ao País para depor seu ditador: Getúlio Vargas.

Vargas foi deposto em 29 de outubro de 1945, e o Gal. Eurico Gaspar Dutra, eleito em 2 de dezembro de 1945 assumiu o poder em janeiro de 1946, prometendo uma nova roupagem política ao País, redemocratizando-o.

1.3.2 A censura na ditadura militar

O período democrático, instalado em 1946, teve vida efêmera (apenas 18 anos). E o País viveu uma certa turbulência política que foi desde o suicídio de Vargas, em 24 de agosto de 1954, passando pela crise financeira do governo JK, pela eleição direta, em outubro de 1960, de Jânio Quadros e sua renúncia em 25 de agosto de 1961 e pelo conturbado governo de João Goulart, até chegar ao dia 31 de março de 1964, quando os militares assumiram o poder com a perspectiva de nele permanecer, e a isso chamaram de Revolução, mas foi um Golpe de Estado, uma subversão da ordem constitucional. Era o silêncio se aproximando, agora, com a ditadura militar.¹¹¹

A década de 1960, no continente latino-Americano, foi palco de outros golpes de Estado, além do que ocorreu no Brasil. A Argentina em 1966 e, depois, em 1976 vivencia outros golpes de Estado semelhantes. No Chile, em 11 de setembro de 1973, há a derrubada e morte do Presidente socialista Salvador Allende com a ajuda dos EUA, que colocam no poder o brutal sanguinário General Augusto Pinochet.¹¹² O Uruguai não fica de fora desse processo autoritário e vê os militares assumirem o poder em 1973.

No caso brasileiro, a democracia foi exercida por pouco tempo, e a linguagem sofre outro ataque com o novo regime instalado, pois a censura é imposta e os sentidos diversos do que o regime quer são cassados.

O regime militar impõe uma forte censura à sociedade com o advento do **AI-5**, sexta-feira, 13 de dezembro de 1968. A garantia constitucional do *habeas corpus* para os acusados contra a ordem econômica e social, economia popular e contra a segurança nacional foi suspensa, além de ter aposentado, forçosamente, três notáveis Ministros do STF, defensores das liberdades públicas: *Evandro Cavalcanti Lins e Silva*, *Hermes Lima* e *Victor Nunes Leal*.

O rigor imposto pelo AI-5 protagonizou uma das maiores disputas no Superior Tribunal Militar, ocorrida entre dois generais: Geisel e Pery Beviláqua. Geisel, durante o julgamento de um *habeas corpus* de um livreiro, advertiu Pery de que não admitia ser interrompido durante sua fala. Pery o chamou de mal-educado. Posteriormente, Pery Beviláqua

“foi malvadamente posto para fora do STM com base no AI5, poucos meses antes de completar 70 anos, quando seria aposentado pelo calendário. A ditadura acreditou que se livrara dele, mas na verdade foi Pery quem se livrou dela. Anos depois, tornou-se um dos líderes da campanha pela anistia. Graças a ele, o Exército brasileiro pode dizer que um de seus generais teve a coragem de falar em anistia na época em que a palavra parecia ser um estigma”.¹¹³

O regime militar faz com que surjam resistências à censura, pois a palavra foi cassada, mas não calaram os sentidos que são expressos com significados distintos dos que estão proibidos. Pode-se falar, mas não se pode significar aquilo que está proibido de se dizer, mas, mesmo assim, surgem resistências de diversas formas.¹¹⁴

A censura estabelece um jogo de relações de força pelo qual ela configura, de forma localizada, o que, do dizível, não deve (não pode) ser dito quando o sujeito fala. Não se pode dizer o que foi proibido (o dizer devido), ou seja: não se pode dizer o que se pode dizer.¹¹⁵

O regime militar procura impor um sentido só para toda a sociedade. Trata-se da retórica da opressão fazendo surgir a retórica da resistência em que se procura, de uma forma permitida, resistir ao que é proibido. Ou seja, na relação censura/resistência, o movimento que interessa é aquele que faz dizer o mesmo para significar outra coisa e dizer outra coisa para significar o mesmo. Usa-se a palavra com diversos significados.

O importante nessa relação era o significado, o sentido, não tanto as palavras porque estas foram cassadas, e o que se proibiu, inicialmente, foi a palavra com sentido diferente do que se autorizava.

Uma das formas de resistência em que se disse o que estava proibido dizer significando o que se queria significar, e não o que se estava dizendo, foi na música popular brasileira, com canções clássicas do tipo: *MEU CARO AMIGO*, de Francis Hime e Chico Buarque; *AQUELE ABRAÇO*, de Gilberto Gil, e *PRA NÃO DIZER QUE NÃO FALEI DAS FLORES*⁶ de Geraldo Vandré,¹¹⁷ dentre outras. Em todas se dizia o que era proibido dizer, mas com significado permitido, embora com sentido diverso.

Quando na música Chico Buarque diz que “vai passar”, o povo “sabe” que ele não fala de uma doença ou de uma dor de amor, mas de uma dor, um mal político: a ditadura e o sofrimento social.¹¹⁸

1.3.3 A censura e a Lei Fleury

O Tribunal do Júri, durante a censura imposta pelo regime militar, recebe uma nova disciplina normativa visando calar e proteger um dos maiores representantes da repressão na área civil e, conseqüentemente, um problema para o governo: a Lei, em favor do delegado do mesmo nome, Sérgio Fernando Paranhos Fleury.

Homem forte do regime, Fleury foi incorporado à *tigrada*¹¹⁹ pelo regime militar, que *sabia que ele era um delinquente na engrenagem policial*, não obstante ser reconhecido como um “paradigma da eficácia da criminalidade na repressão política”.¹²⁰ Envolvido com o submundo do crime, acusado de extorsões e assassinatos do Esquadrão da Morte,¹²¹ era mal visto pelo próprio regime, tal como demonstra a afirmação do Ministro Golbery do Couto e Silva:

“Mas tira esse homem para fora. Bota esse homem de férias, manda ele passear na China. É uma burrice ter esse homem aí, à vista de todo mundo. Manda ele para Foz do Iguaçu. Tem um negócio onde criam jacaré, manda ele tomar banho lá. Esse é bandido. Esse é um bandido. Agora, prestou serviços e conhece muita coisa.”¹²²

Claro estava que a mesma censura que usava os serviços escusos de Fleury o repudiava e o temia pelas informações que possuía, e o próprio Ministério Público foi acuado, pois *corria o risco de perder prerrogativas, e as acusações ao delegado Fleury poderiam ter consequências imprevisíveis*. Hélio Bicudo, Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, um dos maiores investigadores da atuação ilícita de Fleury, foi procurado pelo Cel. Walter Faustini, que deixou claro, corroborando a frase acima,

“que o sistema militar do qual ele fazia parte via com preocupação essa tentativa de cercar juridicamente em processos do Esquadrão da Morte o delegado Sérgio Paranhos Fleury – somente a subversão que ele tanto combatia sairia ganhando com isso. Ou seja: era preciso entender que o delegado Fleury era tido como intocável pelo Sistema e quem tentasse atingi-lo poderia sofrer efeito bumerangue”.¹²³

Logo, qualquer investida contra Fleury era considerada, em verdade, ofensa ao regime militar que o apoiava e para tanto era necessária a elaboração de uma lei, mesmo que dando liberdade em pleno regime de opressão, para conter a possível detenção de Fleury. Nesse sentido, é promulgada a lei que iria beneficiá-lo, já que se encontrava sentado no banco dos réus acusado de diversos homicídios praticados pelo “seu” Esquadrão da Morte, além de crimes de extorsão e envolvimento com o tráfico de entorpecentes. Bicudo requereu ao juiz competente a prisão preventiva de Fleury pela morte de um traficante de tóxicos. Amparado pelo Palácio do Planalto, Fleury foi ao STJ com pedido de *habeas corpus*, que foi negado por seis votos a três, pelos Ministros.¹²⁴ Posteriormente, Bicudo foi afastado das investigações, e outros dois promotores (Djalma Lúcio Gabriel Barreto e Alberto Marino Júnior) foram chamados a investigar, porém advertidos pelo PGJ, Oscar Xavier de Freitas, de que não deveriam ir fundo nas investigações, pois “a impunidade do Dr. Fleury era ponto de honra para a cúpula do governo e das Forças Armadas”. O PGJ, dirigindo-se aos dois promotores designados por ele, disse:

“desejo que vocês atentem para a atual situação de força. O Bicudo é odiado por eles. Quanto a vocês dois, eles se voltam mais contra o Djalma. Djalma [...] Não faça mais nada. Fique inerte! Se presenciar um homicídio, vire o rosto. Não veja mais nada.

Djalma – É angustiante ouvir isso do chefe do Ministério Público: o cumprimento da lei transformar-se em delito!

Oscar – É verdade. Se alguém me ouvisse nesse instante, deveria dizer que o procurador geral deveria ser internado. Mas vocês não avaliam as pressões a que estou submetido! Eu não recebo solicitações, apenas ordens. Esqueçam, por favor, o fichário. Esqueçam tudo, não se metam em mais nada. Existem olheiros em toda a parte, nos fiscalizando. Nossos telefones estão censurados. [...] Aliás, eu quero que os dois tirem férias em dezembro próximo”.¹²⁵

Trata-se de uma faceta da censura imposta pelo regime militar em que a instituição incumbida de defesa da ordem jurídica foi obrigada a permanecer em silêncio realizando apenas a investigação que era permitida, sem, contudo, significar qualquer atuação contrária às ordens do sistema.

O silêncio era o pano de fundo do exercício do poder durante o regime militar. Era o silêncio da opressão. Bicudo manifestava-se com o discurso da resistência opondo-se às atrocidades do regime militar.

Era a produção do interdito no campo do Direito.

É editada a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973.

“A Lei foi encomendada ao Congresso Nacional para beneficiar o delegado Sérgio Fleury, tamanha era sua força e poder no regime militar, e claro estava: se Fleury caísse, parte do regime ruiria com ele.

A lei deu nova redação ao § 2º do art. 408 do CPP, permitindo que o réu primário e de bons antecedentes permanecesse em liberdade, se fosse pronunciado, e, se preso estivesse, solto seria. E ainda deu nova redação ao art. 594 do CPP, permitindo que o primário e de bons antecedentes permanecesse em liberdade, caso fosse condenado.”¹²⁶

Hélio Bicudo é quem conta a censura sofrida durante o regime militar e o quanto se fez para afastá-lo das investigações que levariam Fleury à condenação e, conseqüentemente, arrastaria o regime militar com ele perante a opinião pública nacional e, principalmente, internacional:

“Avolumavam-se as pressões para que o juiz José Fernandes Rama deixasse a presidência do II Tribunal do Júri de São Paulo, Corte que passara a julgar grande número de processos promovidos contra os membros do Esquadrão da Morte, fazendo-o de modo imparcial, e que, por isso mesmo, vinha acarretando a condenação sistemática e exemplar dos culpados.

Armou-se contra ele uma verdadeira cilada.

Advogados interessados criaram um incidente, no qual se diziam ofendidos pelo juiz. Pediram e obtiveram o apoio da Ordem dos Advogados. Fez-se um ato público de desagravo...

Não decorreu muito tempo e o juiz Rama deixava, por ‘ato voluntário’, o II Tribunal do Júri, para refugiar-se no anonimato de uma das Varas Criminais da Capital.

Hoje encontra-se no II Tribunal do Júri um juiz simpático à causa do Esquadrão da Morte, assessorado por um promotor que, nesses casos, faz o jogo da defesa... Como pano de fundo desse triste espetáculo, o Governo Federal em dezembro de 1973, fazia passar uma reforma de dispositivos do Código de Processo Penal, que permitia que os réus pronunciados, sob certas condições, aguardassem em liberdade o pronunciamento do júri.

É que o delegado Sérgio Fleury havia sido pronunciado por acórdão unânime da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça e, por força de lei, encontrava-se preso, recolhido ao DEOPS, a aguardar julgamento pelo Tribunal Popular.

A Lei Fleury, como ficou conhecida, foi um passo inicial para uma verdadeira limpeza de área. Em seguida vieram os afastamentos de promotores e juizes. Tudo pronto para o julgamento do homem símbolo do Esquadrão da Morte, ato que não passou de uma farsa, pois sua absolvição, dentro do quadro descrito, era decorrência inarredável e serviu, apenas, para reforçar a convicção generalizada de que não faltaria o esquema armado para sua absolvição.”¹²⁷

A partir de fevereiro de 1978, surgem no País os chamados Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs) fazendo uma campanha pela Anistia ampla, geral e irrestrita, denunciando, inclusive, as torturas, os assassinatos e os desaparecimentos políticos.

Inicia-se um processo que iria culminar com a chamada “abertura política”, com o esvaziamento das cadeias políticas e a consolidação, aos poucos, de um processo de democratização do País.

Vencido esse período histórico de opressão e exercidas todas as formas de resistências possíveis ao regime militar, surge a necessidade de os militares retornarem aos quartéis e, conseqüentemente, entregarem o poder aos civis.¹²⁸

Em 17 de outubro de 1978, foi aprovada a Emenda Constitucional 11, que declarou extinta a autoridade presidencial para declarar o recesso do Congresso, cassar parlamentares ou privar cidadãos dos seus direitos políticos, e autorizou o retorno de outros direitos políticos que foram cassados, tais como o *habeas corpus*, a liberdade de imprensa. Em 28 de agosto de 1979, é decretada a anistia pelo governo Figueiredo. Todos os presos ou exilados por crimes políticos desde 2 de setembro de 1961 foram beneficiados, retornando ao País com seus direitos políticos restabelecidos.¹²⁹

Contudo, o júri é exatamente a repulsa a qualquer forma de manipulação de ideias, desde que calcado no compromisso, supracitado, da ética da libertação. O silêncio que é imposto ao conselho de sentença, consequentemente, não espelha a realidade do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição da República. Logo, não foi recepcionado, pois espelha uma realidade histórica e política calcada na repressão estabelecida por um governo fascista, autoritário, sanguinário e descompromissado com qualquer ideal de uma sociedade justa, livre e solidária.

¹ “A linguagem aliena a criança ao torná-la submissa a um código imposto por outros, um pré-requisito para se adquirir a própria identidade enquanto sujeito” (ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 33).

² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 119.

³ Cf. STRECK, Lenio Luiz (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 97). “O naturalismo pelo qual cada coisa tem seu nome por natureza (o logos está na phisys), tese defendida no diálogo por Crátilo; e o convencionalismo, posição sofista defendida por Hermógenes, pela qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas.”

⁴ HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 7.

⁵ DOLTO, Françoise. **Tudo é linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. xvi.

⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Lógico-Philosophicus**. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2001. p. 245, item 5.6.

⁷ “Auditório parece ser (sic) a definição do conjunto de pessoas que o orador quer influenciar com a sua argumentação” (CHALITA, Gabriel. **A sedução do discurso**: o poder da linguagem nos tribunais de júri. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 104).

⁸ NEF, Frédéric. **A linguagem**: uma abordagem filosófica. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 147.

⁹ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 245.

¹⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 96.

¹¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 100.

- ¹² OLIVEIRA, op. cit., p. 109.
- ¹³ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 143.
- ¹⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 127.
- ¹⁵ STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p. 201.
- ¹⁶ STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p. 204.
- ¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. O absurdo das denúncias genéricas. In: FIS-CHER, Octa Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 136 ss.
- ¹⁸ Wittgenstein nasceu em Viena em 26 de abril de 1889 e morreu em Cambridge em 1951.
- ¹⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 147.
- ²⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 219.
- ²¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 215.
- ²² OLIVEIRA, op. cit., p. 222.
- ²³ OLIVEIRA, op. cit., p. 225-229.
- ²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 5. ed. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 571.
- ²⁵ GADAMER, 2003. p. 572.
- ²⁶ GADAMER, 2003. p. 576.
- ²⁷ “A linguagem deve ser uma cópia fiel dos fatos do mundo; a estrutura do próprio mundo, que é a condição de possibilidade de qualquer afiguração. Não é copiável pela linguagem, mas é dada juntamente com ela” (OLIVEIRA, op. cit., p. 137).
- ²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factividade e validade**. 4. ed. Tradução de Flávio Benc Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 25.
- ²⁹ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 100 e 104.
- ³⁰ VELASCO, Marina. **Ética do discurso: Apel e Habermas**. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2001. p. 79.
- ³¹ MOREIRA, op. cit., p. 123.
- ³² MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 169.
- ³³ “O jurado João Lourenço Sardemberg denunciou que a votação sobre um dos quesitos tinha sido concluída em sete votos contra o réu e cinco a favor. Com esse resultado, o réu não podia ser condenado à morte, porque a pena máxima exigia um mínimo de dois terços dos votos em todos os quesitos. Alguém teria tentado convencer um dos jurados a mudar seu voto, mas o homem disse que não mudaria, porque, se o fizesse, seriam atingidos os dois terços do único quesito que não tinha essa maioria – assim, o réu poderia ser condenado à morte (e esse

jurado, por qualquer tipo de convicção moral ou religiosa, não queria permitir isso). A pessoa, então, garantiu-lhe que os dois terços previstos na lei não seriam alcançados com oito votos contra o réu, mas apenas com nove ou mais votos. Assim persuadido, o jurado mudou seu voto e, com essa mudança, foi possível, afinal, mandar Flor para o patíbulo. Essa irregularidade legal se somaria a tantas outras e nunca seria reconhecida nos recursos aos tribunais superiores” (MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**: a história e o romance de um condenado à morte. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 218).

³⁴ “A situação ideal da fala é uma “comunidade argumentativa ideal” porque ela representa o somatório de todos os seres racionais.” Para Habermas, “o que importa é a intersubjetividade comunicacional, a mediação linguística ética entre sujeitos” (MONTEIRO, C. S., op. cit., p. 174).

³⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 317. “Em qualquer discurso, pressupomos [...] uma situação de linguagem ideal. A situação de linguagem ideal se caracteriza pelo fato de que qualquer consenso atingido sob suas condições deve, por si mesmo, valer como verdadeiro consenso”.

³⁶ CHALITA, op. cit., p. 73.

³⁷ MOREIRA, op. cit., p. 143.

³⁸ ROSENFELD, op. cit., p. 39.

³⁹ Arts. 458, § 1º; 497, VII; 564, III, *j*, todos do CPP.

⁴⁰ DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1986.

⁴¹ DUSSEL, **Método**..., op. cit., p. 211.

⁴² “A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez e especular com eficiência cada vez maior. Infelizmente, a tecnologia não causa impacto nas vidas dos pobres do mundo. De fato, a globalização é um paradoxo: é muito benéfica para muito poucos, mas deixa de fora ou marginaliza dois terços da população mundial” (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 79).

⁴³ “Nesta Ética, o Outro não será denominado metafórica e economicamente sob o nome de pobre. Agora inspirando-nos em W. Benjamim, o denominarei “a vítima” – noção mais ampla e exata” (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão social. Tradução de Ephraim Ferreira Alves e outros. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 17).

⁴⁴ DUSSEL, **Ética**..., op. cit., p. 196.

⁴⁵ Os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Separam as crenças questionáveis e desqualificadas daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao *status* de conhecimento não problemático (Habermas, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 63).

⁴⁶ “O próprio termo ‘desempregado’, pelo qual os que não podem ganhar o próprio sustento costumavam ser descritos transformou-os na exceção proverbial que confirma a regra – reafirmando, obliquamente, o princípio de que ‘estar empregado’ é a norma que a situação de ‘estar sem trabalho’ está transgredindo. Os

‘desempregados’ eram o ‘exército de reserva de mão de obra’” (BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 50).

⁴⁷ Cf. toda a obra de BAUMAN, **Globalização...**, op. cit.

⁴⁸ DUSSEL, **Método...**, op. cit., p. 241.

⁴⁹ DUSSEL, **Método...**, op. cit., p. 247.

⁵⁰ DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p. 211 e 418.

⁵¹ DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p. 545.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madri Trotta, 1999. p. 27 – tradução livre do autor.

⁵³ Art. 1º da CR – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos

Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288.

⁵⁵ CANOTILHO, 2003. p. 288.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 141

⁵⁷ Aury Lopes Jr. faz ferrenha crítica à chamada *instituição democrática* do júri alegando que: “sete leigos, aleatoriamente escolhidos, participarem de um julgamento é uma leitura bastante reducionista do que seja democracia. A tal ‘participação popular’ é apenas um elemento dentro da complexa concepção de democracia, que, por si só, não funda absolutamente nada em termos de conceito. Democracia é algo muito mais complexo para ser reduzido na sua dimensão meramente formal-representativa” (LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 139) Contudo, neste trabalho, irá se passar o júri no filtro axiológico da Constituição e dar-lhe uma visão ética libertadora e defender, aí sim, seu perfil democrático.

⁵⁸ CANOTILHO, 2003. p. 291.

⁵⁹ CANOTILHO, 2003. p. 290.

⁶⁰ Art. 1º, parágrafo único, c/c art. 5º, XXXVIII, c, c/c 93, IX, todos da CR.

- ⁶¹ REYES, Manuel Aragon (Coordenador). **Temas básicos de derecho constitucional**: Constitución, Estado constitucional y fuentes de desarrollo. Madrid: Civitas, 2001. t. I, p. 109.
- ⁶² Cf. FERRAJOLI, **Derechos y garantías**..., op. cit., p. 25.
- ⁶³ Art. 472 do CPP. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes fará aos jurados a seguinte exortação: “*Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça*”. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: “*Assim o prometo*” (sem grifos no original). Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo. Art. 486. *Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não*. (sem grifos no original).
- ⁶⁴ A Suprema Corte norte-americana, decidindo o caso *Burch v. Louisiana*, 1979, sentenciou sobre a inconstitucionalidade dos veredictos de cinco votos contra um nas causas penais de jurisdição estadual, pois os tribunais do júri compostos com menos de doze integrantes são menos representativos.
- ⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi **El garantismo y la filosofía del derecho**. Tradução de Gerardo Pisarello, Alexei Júlio Estrada e José Manuel Díaz Martín. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2000. p. 92.
- ⁶⁶ PANTOJA, Luisa de Marillac Xavier dos Passos. Fragmentos amorosos de um discurso jurídico – ou fragmentos jurídicos de um discurso amoroso. In: WARAT, Luis Alberto. **E pistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 13.
- ⁶⁷ Vide Decreto-lei nº 167, 5 de janeiro de 1938; Código Penal de 1940; Código de Processo Penal de 1941; Lei nº 5.941/73 (Lei Fleury) e Lei nº 8.072/90 (chamada Lei dos Crimes Hediondos).
- ⁶⁸ “Edmund Mezger nasceu em 15 de outubro de 1883, em Basileia, Suíça, integrante de uma família alemã de Württemberg. Em 1931 publicou a 1. ed. de seu Tratado de Direito Penal. Foi nomeado Chanceler do Reich Adolfo Hitler” (cf. CONDE, Francisco Muñoz **Edmundo Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. 4. ed. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 38-39).
- ⁶⁹ “A fundamentação teórica (de sua nova teoria sobre o erro de proibição) vem da culpabilidade pela condução da vida [...] A culpabilidade do autor não só existe na culpabilidade pelo fato, senão também na ‘atitude’ que o autor manteve no transcurso da sua vida passada em relação ao Direito em sua totalidade” (CONDE, **Edmund Mezger**..., op. cit., p. 76).
- ⁷⁰ CONDE, **Edmund Mezger**..., op. cit., p. 76.
- ⁷¹ CONDE, **Edmund Mezger**..., op. cit., p. 32.
- ⁷² A Lei nº 11.106/05 revogou, no Brasil, o crime de adultério.
- ⁷³ “Não foi difícil para o nazismo lançar mão dessas categorias e pela culpabilidade pela condução da vida de Mezger. Deriva daí a procedência da conclusão de que o nazismo não efetuou uma ruptura, mas sim foi a

continuação da política criminal conservadora do regime de Weimar, concretizando a histórica ideologia antiliberal alemã. Este processo, que transparentemente se percebe no caso alemão, se repete, com diferenças conjunturais, em quase todos os Países que experimentaram ditaduras” (ZAFFARONI, Eugênio Rau **Direito penal brasileiro I**. Tradução de Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 137).

⁷⁴ MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 35.

⁷⁵ Olga Benario nasceu em Munique, Alemanha, no dia 12 de fevereiro de 1908, descendente de uma família judia alemã. Filha de Leo Benario, um advogado social democrata, e de Eugénie Gutmann, uma dama da alta sociedade de Munique que não aceitava a opção política da filha. Vivenciando o exemplo do pai, que se dedicava às causas trabalhistas dos operários atingidos pela crise que se instalou no País, Olga tomou contato com ideias liberais avançadas.

⁷⁶ Arthur Ewert, que adotava o pseudônimo de Harry Berger, não podia ficar em pé na cela, pois era muito alto. Dormia numa esteira, não tomava banho, nem fazia a barba, pois as condições de higiene da cela não permitiam. Todos os dias era brutalmente torturado pela polícia de Felinto Müller, chegando este, inclusive, a estuprar a mulher de Arthur Ewert (Elise Ewert) na sua frente para aterrorizá-lo. O advogado de Arthur, Heráclito de Fontoura Sobral Pinto, chegou a evocar em favor de Arthur, ironicamente, a Lei de Proteção dos Animais para que ele pudesse ter direito a uma cama e a banho. Tudo em vão. Posteriormente, a mulher de Arthur, Elise Ewert, foi brutalmente torturada e violentada pelos agentes de Felinto Müller, sendo deportada para a Alemanha junto com outras prisioneiras, para o campo de concentração nazista (cf. MORAES, Dênis de **Prestes**: lutas e autocríticas. 3. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. p. 109).

⁷⁷ “O totalitarismo no poder usa a administração do Estado para o seu objetivo a longo prazo de conquista mundial e para dirigir as subsidiárias do movimento; instala a polícia secreta na posição de executante e guardião da experiência doméstica de transformar constantemente a ficção em realidade; e, finalmente, erige campos de concentração como laboratórios especiais para o teste de domínio total” (ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 442).

⁷⁸ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Saio de **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ITEC, 2005. p. 84.

⁷⁹ “Não podemos esquecer, igualmente, que a tendência de qualquer discurso autoritário é estabelecer-se como universal, negando o pluralismo, o localismo e o multiculturalismo – valores tão caros aos pensadores da teoria crítica dos Direitos Humanos” (CARVALHO e CARVALHO, op. cit., p. 91).

⁸⁰ ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 5. ed. Campinas: Unicamp, 2002. p. 14.

⁸¹ ORLANDI, op. cit., p. 31.

⁸² ORLANDI, op. cit., p. 72.

⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raul et al **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002. p. 118.

⁸⁴ Cf. antigos arts. 413; 414; 451, § 1º; 480, todos do CPP, revogados pela Lei nº 11.689/08.

⁸⁵ ORLANDI, op. cit., p. 37.

- ⁸⁶ O mesmo que iria, em 1964, agora como General, articular o Golpe de Estado que derrubaria o Presidente da República civil João Goulart.
- ⁸⁷ O plano levou o nome de Intentona Comunista por significar um intento louco, um plano insano.
- ⁸⁸ Prestes era ex-militar e pessoa de confiança do PC Soviético no Brasil.
- ⁸⁹ Com o Estado Novo, o País declarou moratória como sinal de independência econômica. As bandeiras dos Estados foram queimadas como símbolo da centralização do poder, e o Brasil passou a ser um Estado nacional unitário, obedecendo a um único *donos*: Vargas. Vargas queria o desenvolvimento econômico, intervencionismo e a industrialização. No plano político, a ditadura seria, em sua visão, a forma de estabelecer a paz social no País e combater o comunismo.
- ⁹⁰ A expressão “polaca” vem da inspiração corporativa e fascista da Polônia.
- ⁹¹ ANSANELLI JÚNIOR, Ângelo. **O Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37.
- ⁹² FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 2002. p. 30.
- ⁹³ FOUCAULT, **Em defesa...**, op. cit., p. 46.
- ⁹⁴ ORLANDI, op. cit., p. 76.
- ⁹⁵ No Governo Vargas foi criado, em setembro de 1936, o Tribunal de Segurança Nacional, subordinado à justiça militar, órgão responsável pela legitimação das atrocidades de seu regime político. Era composto por juízes civis e militares, escolhidos diretamente pelo Presidente da República, e funcionaria sempre que o País estivesse sob o estado de guerra. A competência do tribunal era para processar e julgar, em primeira instância, as pessoas acusadas de promover atividades contra a segurança externa do País e contra as instituições militares, políticas e sociais. O Tribunal de Exceção vitimou, inclusive, um dos ícones da literatura brasileira: José Bento Monteiro Lobato, preso por criticar o Governo Vargas. Com a implantação da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937, o TSN deixou de se subordinar ao Superior Tribunal Militar e passou a desfrutar de uma jurisdição especial autônoma. Ao mesmo tempo, tornou-se um órgão permanente. Nesse período, passou a julgar não só comunistas e militantes de esquerda, mas também integralistas e políticos liberais que se opunham ao governo.
- ⁹⁶ O Departamento de Imprensa e Propaganda foi criado, em dezembro de 1939, com finalidade de divulgar a ideologia do Estado Novo junto às classes sociais mais baixas da pirâmide social. Contudo, sua origem remontava a um período anterior, quando, em 1931, foi criado o Departamento Oficial de Publicidade, e, em 1934, o Departamento de Propaganda e Difusão Cultural (DPDC). Durante o Estado Novo, no início de 1938, DPDC transformou-se no Departamento Nacional de Propaganda (DNP), que finalmente deu lugar ao DIP.
- ⁹⁷ Por isso o receio da ANCINAV no governo do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, em 2004.
- ⁹⁸ RAMONET, Ignácio. **A tirania da comunicação**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 48.
- ⁹⁹ “Mesmo não estando sob uma ditadura, há interdições no discurso político. Atualmente, estaria fora do discurso (isto é, censurada) a possibilidade de que alguém se diga ‘comunista’, ou de ‘esquerda’. Consequentemente, para não ser significado onde não pretende, o sujeito não se dirá ‘comunista’ ou de ‘esquerda’. Não há lugar

para manter esse discurso” (ORLANDI, op. cit., p. 108).

¹⁰⁰ Hoje, a liberdade de imprensa significa liberdade de empresa. As grandes empresas proprietárias dos meios de comunicação vendem a informação suscetível de consumo pelo público: o poder econômico é usado para manipular e direcionar a notícia para o mercador consumidor. Assim sendo, os interesses da empresa é que vão decidir sobre a informação que pode ou não ser divulgada (Vieira, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61).

¹⁰¹ HALIMI, Serge. **Os novos cães de guarda**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis Vozes, 1998. p. 15.

¹⁰² “É quando um evento oculta outro. A informação serve para ocultar a informação” (cf. RAMONET, op. cit., p. 31).

¹⁰³ BAUMAN, **Globalização...**, op. cit., p. 55.

¹⁰⁴ No dia 12 de junho do ano 2000, Sandro Nascimento, um ex-menino de rua, manteve como refém, por cinco horas, cinco mulheres dentro de um ônibus, nº 174, no Rio de Janeiro, no Jardim Botânico. O fato foi televisionado, ao vivo, para o mundo todo. Após muitas negociações, porém nenhum pedido por parte de Sandro, o episódio teve um fim trágico: um policial militar atira em Sandro, erra e acerta a refém Geysa. A arma de Sandro dispara e também acerta a refém Geysa. Levado para a viatura da PM, Sandro foi morto asfixiado pelo policiais. Levados a júri popular, os policiais militares foram absolvidos, entendendo os jurados que houve suicídio quando Sandro se debatia nos braços dos policiais.

¹⁰⁵ “Na Europa da Idade Moderna o medo estaria por toda a parte, sendo que o mar seria a imagem e o espaço do medo. Incontáveis são os males trazidos pela imensidão líquida [...]. A noite era a grande cúmplice dos inimigos do homem. Era o lugar onde os inimigos do homem tramavam sua perda, no físico e no moral [...]. O tempo da peste era também o tempo da solidão e do abandono ‘dos costumes mais profundamente enraizados no inconsciente coletivo’. Um desses costumes era o culto à morte personalizada [...].

A visão da peste como punição trouxe, como contrapartida, a nomeação de culpados: leprosos, judeus, estrangeiros, marginalizados [...].

O medo de morrer de fome era um medo bem concreto na Europa, que se agudiza a partir do século XVI [...].

O medo explica a ação persecutória conduzida pelo poder político-religioso. As fórmulas de confinamento saneiam as cidades, diminuem os perigos de contágio, têm alcance moral. O sentido geral desta estratégia é disciplinar populações, produzindo alinhamentos. Tudo isso para descobrir-se ao final do século XVII um erro parcial de diagnóstico. O medo fora maior que a ameaça” (*grifo nosso*) (BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 42-45).

¹⁰⁶ “Para uma mídia voltada para o consumo das massas, não há a preocupação de elaborar conceitos, especializar efeitos, diferenciar situações. Há, isto sim, uma tendência de construir estereótipos, criar mitos, estabelecer preconceitos que se fixem como verdades para os receptores da notícia.

É por força desta concepção parcial, estereotipada e superficial da violência, veiculada pela mídia que explora esse tema, que a sociedade fica dividida entre nós (os cidadãos honrados, pacíficos e trabalhadores) e eles (os marginais violentos, perigosos e temíveis). De igual forma e por igual preconceito, vincula-se criminalidade e

pobreza, marginalidade e periferia urbana” (MARQUES, Bráulio. A efetividade da norma penal. Abordagem psicanalítica. In: FAYET JÚNIOR, Ney et al. (Org.) **Estudos críticos de direito e processo penal**: em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 27).

¹⁰⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Saio de (Org.) **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 479.

¹⁰⁸ ORLANDI, op. cit., p. 77.

¹⁰⁹ ORLANDI, op. cit., p. 81.

¹¹⁰ SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: de Getúlio a Castelo. Tradução de Ismênia Tunes Dantas. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 72.

¹¹¹ “Em 1964, o Brasil passa por uma ruptura de seu processo político-institucional. Tendo início em 31 de março, com a articulação do general Olímpio Mourão Filho, a partir de Juiz de Fora (MG) e, configurando-se claramente, em 1º de abril, com o avanço de outras tropas, ocorre um golpe civil-militar que derrubaria o presidente constitucional e legitimamente empossado, João Goulart” (AQUINO, Maria Aparecida de. Estac autoritário brasileiro pós 64: conceituação, abordagem historiográfica, ambiguidades, especificidades. In: FICO Carlos et al. **1964-2004-Anos do golpe: ditadura militar e resistência no Brasil**. Rio de Janeiro: 7 Letras 2004. p. 55).

¹¹² Estima-se que 5 milhões de chilenos foram mortos durante a ditadura de Pinochet (*Tiros em Columbine*, Michael Moore).

¹¹³ GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 105.

¹¹⁴ A luta armada foi uma das formas de se resistir contra a censura e o regime propriamente dito. Carlos Lamarca, capitão do exército, carioca do morro de São Carlos, no Estácio, zona norte do Rio de Janeiro, foi um dos principais protagonistas dessa resistência, mediante a VPR (Vanguarda Popular Revolucionária), juntamente com Carlos Marighela, líder da Aliança de Libertação Nacional. O QG do II Exército; o Palácio Bandeirante sede do governo de São Paulo, e a Academia de Polícia seriam alvos de suas ações.

¹¹⁵ ORLANDI, op. cit., p. 79.

¹¹⁶ “Há soldados armados, amados ou não, quase todos perdidos de armas na mão, nos quartéis lhes ensinam antiga lição: de morrer pela pátria e viver sem razão” (trecho da letra).

¹¹⁷ Em 1968, Vandrê compõe “Caminhando” (“Pra não dizer que não falei das flores”), que ganha o 2º lugar no Festival da TV Globo do mesmo ano, perdendo para Sabiá (Chico Buarque/Tom Jobim). O ambiente político pesado da época (o AI-5 foi decretado em 13 de dezembro de 1968) tornou a música proibida, e seu autor, *persona non grata* pelo regime militar. Vandrê nunca foi preso ou torturado fisicamente, pela ditadura militar, as limitações e pressões impostas ao seu processo de criação o levaram para o exílio no Chile.

¹¹⁸ ORLANDI, op. cit. p. 115.

¹¹⁹ “Tigrada” significava o grupo formado por homens bárbaros e cruéis do regime militar.

¹²⁰ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 66.

- ¹²¹ O nascimento do Esquadrão da Morte ocorreu, como pretexto, pelo assassinato de um policial, chamado Davi Romeiro Parré, de 33 anos, da Delegacia de Roubos de São Paulo, em 18 de novembro de 1968 por um bandido desconhecido de nome Carlos Eduardo da Silva, vulgo *Saponga*, de 24 anos. Saponga foi preso na Serra da Cantareira, no Jardim Tremembé, 53 dias após a morte de Parré e executado com 21 tiros. Contudo, os policiais paulistas já haviam iniciado a criação do Esquadrão, bem antes da morte de Parré, quando foram ao Rio de Janeiro conhecer o similar denominado *Scuderie Le Cocq*: nome dado ao Esquadrão da Morte carioca devido à morte do detetive *Le Cocq* pelo bandido conhecido pela alcunha de *Cara de Cavalo*, Manuel Moreira, nos anos 60 (cf. SOUZA, Percival de. **Autópsia do medo**: vida e morte do Delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000. p. 69-71).
- ¹²² GASPARI, A **ditadura derrotada**, op. cit., p. 398.
- ¹²³ SOUZA, op. cit., p. 307.
- ¹²⁴ A sessão foi presidida pelo Ministro Aliomar Baleeiro. Foram seis votos (o relator Luiz Galotti, Bilac Pinto, Djalma Falcão, Eloy da Rocha, Oswaldo Trigueiro e Adalício Nogueira) contra três (Antônio Neder, Thompson Flores Amaral Santos) (cf. SOUZA, Percival de **Autópsia do medo**: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000. p. 305). O HC colocava o regime militar à prova de força com o STF, que estava adotando uma postura independente, pois era sabido por todos que o regime não abandonaria Fleury pelo seu comprometimento com suas atrocidades.
- ¹²⁵ GASPARI, A **ditadura escancarada**, op. cit., p. 369.
- ¹²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 551.
- ¹²⁷ BICUDO, Hélio Pereira. **Meu depoimento sobre o esquadrão da morte**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 88.
- ¹²⁸ “Em nome da Manutenção da coesão interna da manutenção das Forças Armadas brasileiras, a facção conhecida como ‘Sorbonne’ acabou delineando um longo processo de ‘transição política’ para a democracia, dividido em fases. O general Ernesto Geisel, que, ao lado do General Golbery do Couto e Silva, formou a dupla do ‘arquitetos’ do processo (de) abertura, quando toma posse, em 1974, fala em ‘distensão’ política ao longo de seu governo” (AQUINO, M. A. de, op. cit., p. 64).
- ¹²⁹ “Ao terminar o último ano do governo Geisel, a estatística do Regime Militar de 1964 registrava aproximadamente 10 mil exilados políticos, 4.682 cassados, milhares de cidadãos que passaram pelos cárceres políticos, 245 estudantes expulsos das universidades por força do Decreto 477, e uma lista de mortos e desaparecidos tocando a casa das três centenas” (ARNS, D. Paulo Evaristo (Prefaciador) **Brasil nunca mais**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 68).

O JÚRI NA HISTÓRIA

2.1 INTRODUÇÃO À HISTÓRIA DO JÚRI

O tribunal popular, diferente do que muitos pensam, não nasce, propriamente dito, na Inglaterra, pois já existiam, no mundo, outros tribunais com as suas características. Alguns buscam sua origem nos *heliastas gregos*, nas *quaestiones perpetuae* romanas, no tribunal de *assises* de Luís, o Gordo, na França (ano de 1137). Porém, não há nenhuma hereditariedade histórica do júri a essas organizações.¹

Rogério Lauria Tucci, prelecionando sobre o júri, diz que

“há quem afirme, com respeitáveis argumentos, que os mais remotos antecedentes do Tribunal do Júri se encontram na lei mosaica, nos dikastas, na Hileia (Tribunal dito popular) ou no Areópago gregos; nos centeni comitês, dos primitivos germanos; ou, ainda, em solo britânico, de onde passou para os Estados Unidos e, depois, de ambos para os continentes europeus e americanos”.²

No entanto, John Gilissen³ assevera com acerto que a origem do júri remonta à mesma época do *Common Law*, segunda metade do século XII, não obstante procurarem suas origens na prática do inquérito carolíngio e no direito dos primeiros reis anglo-normandos, o júri em matéria judiciária aparece com Henrique II, em 1166.

O júri em matéria criminal só se consolidou muito depois do júri civil, pois, inicialmente, os jurados julgavam apenas as causas cíveis, surgindo depois a necessidade de submetê-los também às matérias criminais, envolvendo, agora, a liberdade individual e, em alguns países, até a vida, pois a pena de morte foi e é conhecida de alguns países, inclusive o Brasil,⁴ retirando das mãos do soberano o poder de decidir, sozinho, a vida dos seus súditos.

Nesse sentido, não há dúvida do caráter democrático da instituição do Tribunal do Júri que nasce, exatamente, das decisões emanadas do povo, retirando das mãos dos magistrados comprometidos com o déspota o poder de decisão. Fato que, posteriormente, com a formação do Tribunal Júri, no Brasil, feita por pessoas que gozassem de conceito público por serem inteligentes, íntegras e de bons costumes (cf. art. 27 do Código de Processo Criminal do Império – Lei de 29 de novembro de 1832), faz estabelecer um preconceito social e, embora disfarçada, uma luta entre classes.

2.1.A Tribunal popular e Tribunal do Júri

O tribunal popular, portanto, não nasceu na Inglaterra, mas o júri propriamente dito, que hoje se conhece e tem no Brasil, recebeu do “*sistema inglês o grande júri, isto é, o primeiro conselho de jurados, ou júri de acusação, e do sistema francês, o ministério público e a instrução secreta e escrita*”.⁵ Não se pode confundir tribunal popular com Tribunal do Júri. Quando o código de processo criminal do Império foi elaborado, o júri, na Inglaterra, estava disciplinado com dois conselhos de jurados: um, composto de maior número com o objetivo de

decidir se procedia o exercício da pretensão acusatória; e outro, com menor número, que resolveria o mérito da acusação. O primeiro era o grande júri com até 24 jurados, e o segundo, o pequeno júri com 12 jurados.

Na França, o júri foi substituído em 1808 por uma Câmara de Conselho de Magistrado, ou seja, uma turma de Juízes da Corte Imperial, pois teve curta duração durante o governo de Napoleão que, como ditador, não gostava do júri.⁶

No final do Império, a influência americana no Brasil era forte, razão pela qual quando chega ao início da República se retribui o reconhecimento oficial da independência feita pelos EUA, em 1824, dando o nome do país em 1889, de *República dos Estados Unidos do Brasil*.⁷

Na Inglaterra, o júri aparece mediante um conjunto de medidas destinadas a lutar contra os ordálios (no direito germânico antigo, dizia-se do juízo de Deus. Era qualquer tipo de prova, da mais variada sorte baseada na crença de que Deus não deixaria de socorrer o inocente, o qual sairia incólume delas) durante o governo do Rei Henrique I (1154-1189), em que, em 1166, instituiu o *Writ* (ordem, mandado, intimação) chamado *novel disseisin* (novo esbulho possessório), pelo qual encarregava o *sheriff* de reunir 12 homens da vizinhança para dizerem se o detentor de uma terra desapossou, efetivamente, o queixoso, eliminando, assim, um possível duelo judiciário praticado até aí.

Nesse conjunto de medidas, a acusação pública, que até então era feita por um funcionário, espécie de Ministério Público, passou a ser feita pela comunidade local quando se tratava de crimes graves (homicídios, roubos etc.), surgindo, assim, o júri que, como era formado por um número grande de pessoas (23 jurados no condado), foi chamado de *Grand Jury* (Grande Júri). Por isso era chamado de Júri de Acusação.

2.1.B Jurados: quem são?

Os jurados (pessoas do povo daquela comunidade onde ocorreu o crime) deviam decidir segundo o que sabiam e com base no que se dizia, independentemente de provas, já que estas eram de responsabilidade de outros 12 homens de bem, recrutados entre os vizinhos, formando assim um pequeno júri (*petty jury*) que decidia se o réu era culpado (*guilty*) ou inocente (*innocent*).⁸

Os jurados, simbolizando a verdade emanada de Deus, por isso 12 homens em alusão aos Doze Apóstolos que seguiram Cristo,⁹ decidiam, independentemente de provas, com base no *vere dictum* (veredicto = dizer a verdade), nascendo aí, no júri, o sistema de provas da íntima convicção.¹⁰ Lamentavelmente, esse sistema persiste até hoje no diploma processual penal brasileiro (cf. arts. 464 anterior e o atual 472, ambos do CPP, este com redação da Lei nº 11.689/2008). O primeiro não foi recepcionado e o segundo está em contrariedade à Constituição da República, que exige fundamentação nas decisões judiciais (art. 93, IX).

Da Inglaterra, após o ano de 1215, com a edição da Magna Carta do Rei João Sem-Terra, o júri se espalhou pela Europa, primeiro para a França em 1791¹¹ e depois para outros países, como Espanha, Suíça, Suécia, Romênia, Grécia, Rússia e Portugal e também para os Estados Unidos, ganhando feições mais modernas¹² sendo que cada país adotou um modelo de júri, como será visto a seguir.

No júri há a afirmativa de que os iguais julgam os iguais: *o réu é julgado pelos seus pares*. Contudo, basta verificar a formação do Conselho de Sentença para se saber que tal afirmativa não é verdadeira: em regra, funcionários públicos e profissionais liberais. E os réus? Pobres.¹³ Normalmente, traficantes de drogas e, excepcionalmente, *Um de nós*. O que, por si só, faz com que o júri faleça de legitimidade. Defende-se que o tribunal popular seja formado por pessoas das mais diversas camadas sociais, possuindo, o Conselho de Sentença, jurados

das mais diversas classes sociais.

Kant de Lima dá amparo:

“Examinando a lista oficial de jurados dos quatro principais Tribunais de Júri da cidade do Rio de Janeiro entre 1971 e 1983 (cerca de sete mil nomes), apurei que variavam muito pouco as profissões dos jurados. Eles eram principalmente funcionários públicos, bancários e professores. Entrevistando jurados arrolados durante um ano em dois Tribunais de Júri, descobri que os bancários e os professores trabalhavam, em sua maioria, em bancos ou escolas do Estado. A maioria possuía instrução superior, e alguns eram bacharéis em Direito. Certo juiz, também professor de uma Faculdade de Direito, incluiu uma vez todos os alunos de uma de suas turmas na lista oficial de jurados durante um ano.”¹⁴

Contudo, a Magna Carta do Rei João Sem-Terra, em seu art. 48, preceituava: “Ninguém poderá ser detido preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país”.

Nesse sentido, o Tribunal do Júri surge com a missão de retirar das mãos do déspota o poder de decidir contrário aos interesses da sociedade da época, nascendo, da regra acima, o hoje princípio do devido processo legal (*due process of law*), não obstante, depois, ter sido usado como instrumento de manipulação de massa, pois os jurados eram escolhidos dentre pessoas que integravam determinada classe.

É bem verdade que a Magna Carta foi um acordo entre a nobreza e o monarca, do qual o povo não participou, e, quando se fala de julgamento de seus pares, como se disse acima, quer se dizer o ato de um nobre julgar o outro e não mais se submeter aos ditames do rei. Os iguais julgando os iguais. Logo, o povo está excluído desse processo.

2.2 O JÚRI NO DIREITO COMPARADO E A QUESTÃO DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS

Este item limitar-se-á a tratar apenas da questão da (in) comunicabilidade dos jurados nos países citados abaixo, deixando de estudar outras questões que fogem do objetivo deste trabalho, bem como de tratar de outros países, pois a finalidade aqui é apenas mostrar como é a questão da incomunicabilidade do júri nos principais países da Europa e nos EUA.

2.2.1 Inglaterra

Na Inglaterra, onde o Júri ganhou as feições que se conhecem hoje, o Tribunal do Júri é responsável por apenas 1 a 2% dos casos criminais,¹⁵ desde que houve a abolição do chamado *Grand Jury* em 1933, cuja história remonta às origens do *Common Law* na própria Inglaterra. O crescimento dos juízes de paz reduziu pouco a pouco a importância do *Grand Jury*, que julgava apenas aqueles a quem os juízes de paz acusavam previamente, perdendo, assim, aos poucos a iniciativa. Depois, a criação de uma polícia profissional no século XIX significou a restrição da atuação dos referidos juízes de paz que exerciam a função de examinar as provas colhidas pela polícia, por isso o *Grand Jury* passou a ter uma função residual até a sua abolição.¹⁶ Era formado por 24 pessoas e tinha a faculdade de proceder contra um acusado, mas foi abolido pela *Administration of Justice Act (miscellaneous provisions)*, e

suas funções foram assumidas pelos *Magistrates' Court*.

Os jurados, no júri inglês, em número de 12 pessoas com idade entre 18 e 70 anos, decidem se o réu é culpado ou inocente com um *vere dictum* que deve expressar a vontade, se for condenatória, de, pelo menos, 10 votos contra 2, pois, do contrário, se não houver essa maioria que será chamada de qualificada, o réu será submetido a novo júri, perante novos jurados. Se o novo júri não alcançar essa maioria, para condenar, o réu será considerado inocente e, conseqüentemente, absolvido.

Os jurados não tomam parte da elaboração da sentença, que é ato exclusivo do juiz.¹⁷

O magistrado, no júri inglês, apenas intervém para garantir que o debate na sala de audiências seja *conduzido de modo justo, e encaminhar o julgamento a um desfecho apropriado: levar as questões de fato à apreciação do júri em decisão final*.¹⁸

A comunicação entre os jurados é plena, pois os mesmos decidem com base no juramento (ou promessa solene) que fazem de “*julgarem fielmente o acusado e darem um veredicto verdadeiro de acordo com as provas apresentadas*”.¹⁹

Logo, a decisão é produto de um sistema de plena comunicação entre os jurados democratizando, o máximo possível, a decisão sobre a liberdade do réu, evitando, assim, o puro capricho, arbítrio ou abuso de poder.

2.2.2 Estados Unidos

A característica mais marcante do sistema processual nos EUA é o processamento de causas cíveis e penais perante o Tribunal do Júri. Os juízes togados exercem a função de direção dos debates, moderação dos interrogatórios e a decisão das questões de direito, presidindo a seção na função de guardião dos direitos consagrados nas emendas constitucionais norte-americanas, pois o princípio acusatório puro rege o processo penal nos EUA, cabendo ao Ministério Público, exclusivamente, o ônus da prova de que existem indícios de criminalidade contra o acusado em igualdade de condições perante a defesa técnica.²⁰ No processo penal americano, o Ministério Público (*prosecutor*) tem papel preponderante, pois o júri, onde atua, é uma das garantias do *Due Process of Law*.

A função de jurado nos EUA é uma função responsável pela educação da sociedade sobre os valores morais, democráticos e legais, legitimando as decisões que emanam do povo, pois ser jurado é um direito de todo e qualquer cidadão que preencha os requisitos legais.

A competência dos jurados americanos está delineada na seção segunda do artigo 3º da Constituição dos Estados Unidos, atuando em todos os juízos criminais, sendo que a Emenda VI consagrou o direito ao júri de todo acusado em processo criminal, inclusive, por determinação da Suprema Corte, nos casos de competência local dos Estados.

A V Emenda reconhece a necessidade da acusação por parte do *Grana Jury* nos casos de delito capital ou outro infamante, sendo que o *Grano Jury* somente se aplica nos processos criminais e não nos cíveis. O *Grano Jury* é chamado de escudo por significar uma garantia posta entre o acusador e o acusado, protegendo este contra a perseguição penal opressiva e infundada, e de espada, porque pode atuar como órgão de investigação contra um suspeito.

A VI Emenda estabelece que todos os acusados têm direito a um julgamento público e rápido, por meio de um jurado imparcial e selecionado no Estado e no Distrito onde o delito foi cometido, distrito este que será previamente estabelecido por lei; direito de ser informado da plenitude da acusação e de ser julgado pelos seus vizinhos, ou seja,

julgado entre seus pares.

Portanto, a base do Tribunal do Júri americano é a Constituição, razão pela qual o júri é direito substantivo fundamental de todo e qualquer acusado que cometer delito que a ele deva se submeter.

Toda a regulamentação do processo perante o júri, no plano processual, está submetida à conformidade com o direito fundamental estabelecido na Constituição, logo há um limite à vontade normativa ordinária que, se ultrapassada, será inconstitucional. Comportamento que também deveria inspirar o legislador brasileiro, pois a Constituição não pode ser interpretada por meio do Código de Processo Penal, mas sim vice-versa.

A pedra angular da justiça nos *EUA* é o processo perante o Tribunal do Júri, pois o cidadão americano tem plena consciência de que sua participação na vida pública não apenas se efetua a partir do direito ao voto, mas, sim, em especial, de sua integração ao corpo de jurados. A cidadania também é exercida no Tribunal do Júri, pois o poder emana do povo e, por intermédio dele, se evitam decisões arbitrárias na aplicação da lei.²¹

A dificuldade de estudar o júri americano é que cada Estado tem um sistema de jurado próprio, pois somente sete Estados exigem um júri de 12 membros submetido ao critério de decisão por unanimidade, tanto em casos cíveis como criminais. O tamanho do corpo de jurados varia entre seis e 12 membros, e quanto à decisão esta pode ser por unanimidade até a maioria de dois terços de votos, dependendo do Estado.²²

Contudo, no júri federal, a composição é de 12 pessoas, e o veredicto tem de ser unânime para todos os casos criminais. No júri estadual, a Constituição não impõe um número determinado de jurados, razão pela qual a matéria é disciplinada pelo Tribunal Supremo Federal. Em se tratando de delitos graves, a composição de 12 membros no júri bem como decisão unânime são exigidos em quase todos os Estados, com exceção dos Estados de *Arizona* e *Utah*, que permitem um corpo de jurados formado por oito membros, e os Estados de *Connecticut*, *Florida*, *Massachusetts* e *Nebraska*, onde é possível um corpo de jurados integrado por seis membros, desde que a decisão seja por unanimidade.²³

O respeito à liberdade é tão grande que no caso de decisão por maioria de votos o Tribunal Supremo tem declarado sua inconstitucionalidade quando o júri é composto por menos de seis membros (cf. *Ballew v. Geórgia*, 1978; e *Burch v. Louisiana*, 1979).

A decisão, no júri americano, portanto, em regra, não só é unânime, assim como, principalmente, deve ser discutida entre os integrantes do corpo de jurados, pois é fruto do exercício da cidadania que simboliza e encarna a participação popular nas decisões judiciais. Não há como exercer cidadania e direito ao voto (no sentido de condenar ou absolver o indivíduo) senão por meio do debate, do diálogo, sem descuidar a ética no exercício do poder.

Assim, em síntese, funciona o júri americano.²⁴

2.2.3 França

Na França, outro berço dos direitos humanos, com a Revolução de 1789, visando combater o autoritarismo dos magistrados do *ancien régime*, que cediam à pressão da monarquia e das dinastias das quais dependiam, o Tribunal do Júri foi a tábua de salvação. Os juízes não eram dotados, como hoje, de independência funcional, razão pela qual a justiça deveria ser feita pela própria sociedade. Nesse viés histórico, o júri francês representa um símbolo ideológico da Revolução Francesa.

Tanto que Frederico Marques, analisando o nascimento do júri e as razões que o fizeram florescer pelo mundo, afirma que ele perdeu sua razão de ser, *in verbis*: “É que o júri, levado ao continente europeu como reação à

*magistratura das monarquias absolutistas, perdeu seu aspecto político depois que o judiciário adquiriu independência em face do executivo.”*²⁵

Dotada de uma estrutura processual inquisitiva, a França necessitava de um mecanismo de controle do abuso estatal durante o procedimento criminal, pois a tortura,²⁶ como meio de prova, era prática comum. O júri, então, veio colocar um freio nesse abuso representando os valores e os ideais dos revolucionários da época que fundaram a Revolução em três conceitos básicos: *liberdade, igualdade e fraternidade*. Liberdade de decisão dos cidadãos; igualdade perante a justiça e fraternidade no exercício democrático do poder.

A condenação no júri, pós-revolução, somente poderia ser alcançada se houvesse dez votos dentre os 12 que integravam o júri, pois o júri era visto como instrumento de proteção do indivíduo ante o Estado. Na medida em que os ideais revolucionários foram esfriando, mitigou-se a necessidade de proteção e, em 1793, o veredicto de culpabilidade poderia ser dado por maioria de sete votos dentre os 12, pois considerava-se que a regra anterior favorecia a impunidade.²⁷

O júri francês passou por diversas modificações durante sua história, pois, inicialmente, era ligado às funções eleitorais, sendo os jurados escolhidos pela lista eleitoral. Ou seja, era jurado quem podia ser eleitor, tornando o júri uma instituição política e não judicial, pois, ao mesmo tempo em que era obrigatório ser jurado, não era obrigatório ser eleitor.

Atualmente a disciplina do júri é feita no Livro II, Título I – artigos 231 a 380 do Código de Processo Penal francês, sendo que o artigo 231 delimita a competência da chamada *Cours d’Assises* com a formação de escabinato, ou seja, três magistrados e nove jurados, sendo um juiz na função de Presidente e os outros dois na função de assessores.

O escabinato decide em sessão secreta e individual, por meio de quesitos distintos e sucessivos que se dirigem ao fato principal da imputação penal e, após, sobre cada uma das circunstâncias agravantes, questões subsidiárias e sobre cada um dos fatos que constituem uma causa legal de diminuição da pena.

A culpa do acusado somente será reconhecida se houver pelo menos oito votos, dentre os 12 integrantes do júri, ou seja, dois terços dos votos. Os jurados, no escabinato, decidem também sobre a aplicação da pena, e a pena máxima deve ser aplicada pelo voto de oito jurados, sendo decisão por maioria absoluta, ou seja, pelo menos cinco jurados, dentre os nove que integram o júri, devem decidir sobre o *quantum* máximo da pena, se esta tiver que ser aplicada.²⁸

2.2.4 Itália

A primeira disciplina normativa do Tribunal do Júri na Itália foi estabelecida pelo *Código di Procedura Penale* de 1859 e modificada pelo *Reglamento giudiziario* de 14 de dezembro de 1865 e a lei de 8 de junho de 1874, baseadas na separação entre juízo de fato e juízo de direito.

Contudo, dado o movimento revolucionário que se expandia pela Europa, ganhou força a chamada contrarrevolução, que instituiu o movimento fascista, pois a crise que se alastrou pela Europa do entre-guerras provocou intranquilidade e conflitos sociais, fortalecendo ideias revolucionárias, que explodiam. O sistema capitalista estava falindo, na opinião dos socialistas, que o culpavam pela crise e pelo agravamento dos problemas sociais, razão pela qual a revolução era a solução para democratizar os meios de produção. Os governos europeus, principalmente os da Itália e Alemanha, mostravam-se incapazes de controlar as crises econômicas, que poderiam levar a uma

revolução bolchevista e ao avanço da poderosa força da classe trabalhadora. A classe detentora do poder se achava ameaçada. Os capitalistas apoiavam e queriam o regime fascista para colocar um fim na balbúrdia social.

Mussolini, antigo jornalista socialista, com grande poder de oratória, consegue que o Rei desfaça o governo e permita a formação de outro com integrantes de outros partidos. Era o início do golpe.

Fascismo vem da palavra italiana *fascio*, traduzida por feixe; feixes de varas carregadas pelos *lictors*, oficiais romanos que, às vezes, guardavam neles seus machados. Esses *lictors* marchavam à frente dos principais magistrados da antiga Roma, cônsules e pretores, tendo a função de afastar, talvez com as varas, a multidão. Benito Mussolini viu nesse feixe o emblema do fascismo, símbolo da unidade, da força, da (in)justiça.

Logo, o Tribunal do Júri que expressava a democracia, pois permitia que a sociedade integrasse o poder judiciário e julgasse, foi aniquilado: o decreto de 23 de março de 1931 estabeleceu uma fórmula alternativa criando as *Corti d'Assise*, ou seja, o escabinato, ou também chamado de assessorado, para que determinadas pessoas que possuíam determinado *status* social e eram filiadas ao partido fascista participassem da administração da justiça. O júri é inimigo de todo e qualquer governo ditatorial que, ao assumir o poder, o elimina.²⁹

O fascismo floresceu e como todo regime ditatorial chegou ao seu fim, mas nem por isso o júri, na Itália, renasceu da forma que era, pois permaneceu o assessorado.

No escabinato ou assessorado (*Corte d'Assise*), dois são os magistrados togados, um chamado *degiudice a latere*, e o outro que preside o tribunal, que deve ser integrante da Corte de Apelação, e mais seis cidadãos, juízes leigos, sendo que três devem ser homens.³⁰ Os juízes leigos integram o tribunal e, consequentemente, participam das decisões tanto quanto das questões de fato como as de direito e todas as que dizem respeito ao processo.

Os jurados leigos são escolhidos por sorteio pelo juiz presidente da Corte dentre cidadãos de boa conduta e idade entre 30 e 65 anos, portadores de escola média de primeiro grau; mas, se for integrante da Corte de apelação, o segundo grau é necessário.

A decisão do assessorado é pela maioria de votos, e em todos os casos prevalece a decisão mais favorável ao réu.

Não faltam vozes autorizadas criticando o Tribunal do Júri que se conhece e elogiando o escabinato, típico italiano. Eis a voz de Aury Lopes Jr.:

“Os conhecimentos e convicções pessoais que os leigos (em Direito) podem aportar são extremamente úteis para o juiz profissional, e o resultado do intercâmbio é francamente favorável para a melhor administração da justiça. Outra vantagem apontada é que no sistema de escabinato os juízes leigos e os profissionais formam um colegiado único, decidindo sobre o fato e o direito, de modo que os conhecimentos de um podem suprir as lacunas do outro.

[...]

Concluindo, ainda que o sistema de escabinos também possua inconvenientes, com certeza são muito menores que aqueles enumerados para o Tribunal do Júri. Como já apontado, não só é fundamental alterar a composição do órgão colegiado, mas também a forma como deve se desenvolver o próprio julgamento, incluindo aqui a necessária fundamentação que deve acompanhar a decisão.”³¹

2.2.5 Espanha

O júri espanhol tem disciplina constitucional em que se deixa claro que o cidadão tem direito a participar da

administração da justiça, enquanto no júri americano trata-se de um direito do cidadão, ou seja, de uma garantia constitucional.

“Artículo 125 da CE, *in verbis*:

1. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.”

O Direito espanhol disciplina o júri em lei específica: LO 5/95 del Tribunal del Jurado.

O Tribunal do Júri espanhol, *auténtico órgão jurisdiccional* incluído na Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol³² (art. 83 da LOPJ nº 6, de 1º de julho 1985), compõe-se de nove jurados e mais um Magistrado integrante da audiência provincial que o presidirá. Os jurados desempenham função emitindo veredicto declarando provado ou não o fato e, conseqüentemente, culpado ou inocente o acusado. Não precisam ser bacharéis em Direito. A pena é aplicada pelo Magistrado-Presidente, que também resolve sobre a responsabilidade civil do acusado ou de terceiros quando solicitado.

Pilar de Paúl Velasco ensina:

“El tribunal del jurado se compone de nueve jurados y un magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá.

[...]

La composición del futuro Jurado español se ajusta al modelo puro, es decir, estará compuesto únicamente por ciudadanos no expertos en leyes.”³³

Os jurados são eleitores e sorteados em cada província, dentro dos 15 últimos dias do mês de setembro dos anos pares, a fim de compor a lista bienal de candidatos a jurados. É bem verdade que alguns cidadãos espanhóis não integram o censo eleitoral por questões socioeconômicas, o que, por si só, retira um pouco da legitimidade da lista de jurados,³⁴ mas é um processo de escolha bem melhor do que o brasileiro, por exemplo, em que o juiz, por escolha pessoal ou informações fidedignas, chama quem ele bem entende para compor o conselho de sentença (cf. art. 425, § 2º, do CPP).

As partes podem acordar quanto à dissolução do júri caso haja consenso no sentido de se condenar o réu, mas a pena não poderá ser superior a seis anos de privação de liberdade, isoladamente; ou cumulativamente, pena de multa ou privação de direitos. Na mesma orientação, não obstante o *Ministério Público estar sujeito ao princípio da legalidade, atuando com sujeição à Constituição, às leis e demais normas do ordenamento jurídico* espanhol (art. 105 da LECRIM), pode ele dispor do conteúdo material do processo e com “imparcialidade objetividade e independência funcional”³⁵ retirar a pretensão acusatória com conseqüente dissolução do conselho de sentença e prolação de sentença absolutória.

Logo, se o Ministério Público espanhol postular pela absolvição, o conselho é dissolvido, e o réu, absolvido. Ou seja, não se submete ao júri se o Ministério Público retirar a pretensão acusatória. Há, segundo Vicente Giménez Sendra,³⁶ forte inspiração e respeito ao princípio acusatório no Direito espanhol por força do art. 6.1 do CEDH em face da interpretação jurisprudencial efetuada pelo TEDH, o que, por si só, desautoriza julgamento se não há mais

pretensão acusatória.

A deliberação será secreta e as portas cerradas e nenhum jurado poderá revelar o que nela ocorreu. Já a votação é nominal, em grupo³⁷ e em voz alta, por ordem alfabética, votando por último o jurado escolhido como porta-voz (o primeiro a ser sorteado). O réu somente será considerado culpado se houver sete votos nesse sentido, dentre os nove.

A LO 5/1995, que regula a função de jurado, diz que o desempenho das funções de jurado será retribuído e indenizado na forma e quantia que a lei estabelecer, ou seja, trata-se de função pública e pessoal, porém remunerada.

No júri espanhol, as partes podem entrevistar os candidatos a jurados a fim de extrair deles seu perfil social, político, econômico, estilo de vida, religião, eventuais preconceitos de raça e cor e tudo o mais que possa refletir no julgamento do fato.³⁸ Trata-se de uma medida que tem o escopo de assegurar, o máximo possível, que do júri não participem jurados que tenham algum comprometimento com os fatos, seja por preconceito, racismo ou qualquer outro sentimento que não o de justiça.

As perguntas das partes levam em consideração determinados dados psicológicos, por isso muitas vezes são assistidas por psicólogos, durante a tramitação do processo, e a razão é simples: em um júri em que a principal testemunha contra o acusado, por exemplo, é uma mulher, a defesa seleciona mulheres para compor o júri, pois baseia-se no dado psicossocial de que elas tendem a desconfiar das pessoas do seu sexo. No mesmo sentido, as partes consultam cientistas sociais (sociólogos e antropólogos) para utilização de dados em relação a fatores demográficos, econômicos e culturais que possam envolver a causa, e, conseqüentemente, escolher os jurados que compreendam aquelas questões.³⁹

2.2.6 Portugal

O Tribunal do Júri português é disciplinado pelo Decreto-lei nº 387-A/87, de 29 de dezembro, e compõe-se de três juízes que constituem o tribunal colectivo e por quatro jurados efectivos e quatro suplentes.⁴⁰ Em outras palavras, em Portugal adota-se o escabinato ou assessorado.

O julgamento pelo Tribunal do Júri em Portugal é facultativo, pois o réu somente irá a júri se as partes requererem, razão pela qual raramente há a instalação de sessão do júri. O Código de Processo Penal português é expresso:

“Art. 13. Compete ao Tribunal do Júri julgar os processos que, tendo a intervenção do júri sido requerida pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido, respeitarem a crimes previstos no título II e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal.”

Contudo, uma vez requerida a intervenção, ela será irretratável (art. 13, item 4). O requerimento de instalação do júri é feito no prazo que o Ministério Público tem para fazer a imputação penal.

“O Tribunal do Júri português é composto pelos três juízes que constituem o tribunal coletivo e por quatro jurados efetivos e quatro suplentes, sendo presidido pelo presidente do tribunal coletivo e intervindo os jurados suplentes quando, durante o julgamento ou antes do seu início, algum dos efetivos se impossibilitar.”⁴¹

A função do escabinato português é intervir na decisão das questões da culpabilidade e na determinação da pena a ser aplicada, ou seja, a formação do escabinato com juízes togados permite que seja discutido o *quantum* da pena a ser aplicada, pois questões estritamente legais são conhecidas e compreendidas, já que integram o júri juízes togados.

A função de jurado em Portugal é remunerada e constitui serviço público obrigatório,⁴² não sendo lícita a recusa, que é considerada crime de desobediência qualificada, e o sorteio dos jurados é feito entre os eleitores que constam dos cadernos de recenseamento eleitoral.

Germano Marques da Silva, processualista português, ensina que:

“A seleção dos jurados efectua-se através de duplo sorteio, o qual se processa a partir dos cadernos eleitorais e comporta as seguintes frases: a) sorteio de pré-selecção dos jurados; b) inquérito para determinação dos requisitos de capacidade; c) sorteio de selecção dos jurados; d) audiência de apuramento; e) despacho de designação dos jurados.

O sorteio de pré-selecção visa apurar 100 cidadãos de entre os recenseados nos cadernos eleitorais correspondentes às freguesias integradas no âmbito da circunscrição judicial.”

No sistema português, o Ministério Público e a defesa técnica podem recusar, cada qual, até dois jurados sem explicitar os motivos. Trata-se do que se chama, no Brasil, de recusa peremptória.

“Podem ser jurados os cidadãos portugueses inscritos no recenseamento eleitoral que satisfaçam as seguintes condições:

- a) idade inferior a 65 anos;
- b) escolaridade obrigatória;
- c) ausência de doença ou anomalia física ou psíquica que torne impossível o bom desempenho do cargo;
- d) pleno gozo dos direitos civis e políticos;
- e) não estarem presos ou detidos, em estado de contumácia, nem haverem sofrido condenação que implique incapacidade para o exercício da função de jurado.”⁴³

Cada juiz e cada jurado devem invocar os motivos pelos quais decidem daquela forma, indicando, quando possível, os meios de prova que serviram para formar sua convicção. Portanto, há a necessidade de fundamentação na decisão do júri português.

No júri português há uma regra objeto de crítica da doutrina, qual seja:

“Os jurados decidem apenas segundo a lei e o direito e não estão sujeitos a ordens ou instruções.” ⁴⁴ (*grifo nosso*)

Ora, como decidir de acordo com algo que os jurados, cidadãos leigos, não sabem? Germano Marques da Silva ensina:

“Os jurados devem decidir apenas segundo a lei e o direito, o que parece tarefa ciclópica muito difícil de alcançar. Para decidir segundo a lei e o direito importa necessariamente conhecê-los e a lei não exige que os jurados sejam

conhecedores da lei e do direito que lhe cumpre aplicar.”⁴⁵

A necessidade de fundamentação e de comunicação entre os jurados é típica de um sistema judicial amparado no regime democrático, no qual maioria, por si só, não significa democracia, mas sim consenso que, se for com a liberdade do outro, não tem validade.

O preço que se paga no júri, de um modo geral, em face do consenso que se alcança envolvendo a liberdade, é desproporcional à luta social, em diversos países, inclusive e, principalmente, no Brasil, para se alcançar a democracia, e esta tem um preço que não pode ser a liberdade, porque foi exatamente em nome dela que se conquistou a democracia.

¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 72.

² TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). Tribunal do Júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: _____. **Tribunal do Júri: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 12.

³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 214.

⁴ “Com a reforma processual penal brasileira do Império da Lei nº 261, de 1841, o júri que, até então, para condena a pena de morte necessitava de unanimidade de votos, agora podia decidir por duas terças partes de votos, sendo que as outras decisões poderiam ser por maioria absoluta e, se houvesse empate, adotar-se-ia a decisão mais favorável ao réu (art. 66 da Lei 261, de 1841).” (RANGEL **Direito...** 15. ed., op. cit., p. 538). O caso interessante de se ressaltar durante o Império brasileiro é o de Manoel da Motta Coqueiro, condenado à morte pelo júri. O relato completo está na obra que está citada de Carlos Marchi, **A fera de Macabu: a história e o romance de um condenado à morte** (op. cit.).

⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 240.

⁶ ALMEIDA JÚNIOR, op. cit., p. 233.

⁷ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.”

⁸ GILISSEN, op. cit., p. 214.

⁹ TUCCI, **Tribunal do Júri: origem...**, op. cit., p. 28.

¹⁰ É bem verdade que o significado do número 12 de jurados é diverso em doutrina, havendo estudiosos que afirmar que um homem era obrigado a fazer um juramento perante o Rei (isso se difundiu mais durante o reinado de Henrique II, na Inglaterra, no século XII) de que informaria tudo sobre o que lhe fosse perguntado sobre o fato ocorrido na cidade e objeto de apreciação. Quando uma das partes lograva êxito que doze pessoas à

unanimidade, sob juramento, se colocassem a seu favor, ganhava a causa. Nasceu, assim, o júri formado por 12 jurados e a decisão unânime (cf. Velasco, Pilar de Paul. **El tribunal del jurado desde la psicología social**. Madrid: Siglo XXI, 1995. p. 3-4).

- ¹¹ “Agora, como meio para garantir e controlar aquela independência, de novo os leigos deveriam tomar parte no processo penal. Seguindo o modelo inglês de júri puro, formaram-se na França, em 1791, jurados penais de acusação e de sentença. Posteriormente, essas exigências foram propugnadas também na Alemanha” (CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 5).
- ¹² RANGEL, **Direito...**, op. cit., p. 458.
- ¹³ “Todo o ano, um milhão e meio de americanos povoam as prisões americanas. [...] Se aos desempregados, na Europa, se paga compensação, nos Estados Unidos nós os colocamos nas prisões. Cada vez mais, ser pobre é encarado como um crime; empobrecer, como produto de predisposições ou intenções criminosas – abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado” (BAUMAN, **O mal estar...**, op. cit., p. 59).
- ¹⁴ LIMA, Roberto Kant de. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 151.
- ¹⁵ MARTY, Mireille Delmas (Org.). **Processos penais da Europa** Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 521.
- ¹⁶ PASTRANA, Ángel Tinoco. **Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law** Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001. p. 108.
- ¹⁷ MCNAUGHT, John. Inglaterra y Gales. In: GÓMEZ, Ramón Macia (Org.). **Sistema de proceso en Europa** Barcelona: Cedecs, 1998. p. 225.
- ¹⁸ MARTY, Mireille Delmas (Org.). **Processos penais da Europa** Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 521.
- ¹⁹ MCNAUGHT, John. Inglaterra y Gales. GÓMEZ, Ramón Macia (Org.). **Sistema de proceso en Europa** Barcelona: Cedecs, 1998. p. 224.
- ²⁰ Cf. MÍNGUEZ, Elizabeth Cardona. **El jurado** : su tratamiento en el derecho procesal espanol. Madrid: Dykinson 2000. p. 81.
- ²¹ Williams v. Florida, 399 US 78.1970, apud MÍNGUEZ, Elizabeth Cardona. **El jurado**: su tratamiento en el derecho procesal espanol. Madrid: Dykinson, 2000. p. 69.
- ²² MÍNGUEZ, op. cit., p. 68.
- ²³ MÍNGUEZ, op. cit., p. 75.
- ²⁴ Para tanto, cf. O filme *DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA* (1957) – com Henry Fonda, Lee J. Cobb, direção de Sidney Lumet, onde se poderá conhecer bem a importância da linguagem utilizada pelos jurados na sala secreta.

- ²⁵ MARQUES, J. F. **A instituição...**, op. cit., p. 15.
- ²⁶ A tortura, como meio de prova, foi abolida pela *Ordenanza* de 9 de outubro de 1789, não obstante se reservar ao direito de restituí-la.
- ²⁷ MÍNGUEZ, Elizabeth Cardona **El jurado** : su tratamiento em el derecho procesal español. Madrid: Dykinson 2000. p. 111.
- ²⁸ Elizabeth Cardona Mínguez informa-nos que no final de 1996 houve uma reforma que, se foi aprovada, passou a denominar a *Cour d'assises de tribunal d'assises* atuando em todos os casos de competência de Tribunal de Primeira Instância (cf. MÍNGUEZ, op. cit., p. 118).
- ²⁹ A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937, que se inspirava na Constituição fascista da Polónia e instituiu o fascismo no Brasil nas mãos de Vargas, sequer trouxe o Tribunal do Júri em seu corpo, levando autores a sustentarem que ele havia sido extinto. Contudo, em 5 de janeiro de 1938, foi promulgado o Decreto-lei nº 167, regulando a instituição do júri com uma grande novidade: o veredicto dos jurados deixava de ser soberano, admitindo apelação da decisão dos jurados desde que houvesse injustiça da decisão, por sua completa divergência, com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário (art. 92, b), podendo o Tribunal de Apelação (hoje Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) aplicar a pena justa ou absolver o réu (art. 96).
- ³⁰ MOROSI, Guillermo et al. El sistema procesal penal italiano. In: HENDLER, Edmundo S. (Dir.) **Sistemas procesales penales comparados**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. p. 148.
- ³¹ LOPES JR., **Introdução...**, op. cit., p. 148-149.
- ³² SENDRA, Vicente Gimeno. **Ley orgánica del tribunal del jurado**. Madrid: Colex, 1996. p. 71.
- ³³ VELASCO, Pilar de Paul **El tribunal del jurado desde la psicología social** . Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1995. p. 16.
- ³⁴ VELASCO, Pilar de Paul. Op. cit., p. 24.
- ³⁵ CATENA, Victor Morena. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Madrid: Colex, 1999. p. 244-245.
- ³⁶ SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Madrid: Colex, 1999. p. 78.
- ³⁷ VELASCO, Pilar de Paul. Op. cit., p. 69 e 89.
- ³⁸ VELASCO, Pilar de Paul. Op. cit., p. 55.
- ³⁹ VELASCO, Pilar de Paul. Op. cit., p. 58.
- ⁴⁰ No júri português, os suplentes devem assistir às audiências de julgamento para as quais tiverem sido selecionado pois somente se assistirem a todas as sessões de julgamento antecedentes é que poderão substituir os jurados impedidos. Trata-se de uma regra legal que assegura o conhecimento da causa pelos jurados suplentes a fim de não serem chamados a julgar um caso que não conhecem (art. 1º, item 4, do DL 387-A/87, de 29 de dezembro).
- ⁴¹ SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 2000, v. 3. p. 211.
- ⁴² Art. 15º, item 3, c/c art. 16º, item 1, respectivamente, do DL 387-A/87, de 29 de dezembro.
- ⁴³ SILVA, Germano Marques da, ob. cit., p. 237.

⁴⁴ Art. 14º, item 1, do DL 387-A/87, de 29 de dezembro.

⁴⁵ SILVA, Germano Marques da, ob. cit., p. 238.

PARTE II

O JÚRI NO BRASIL

DO IMPÉRIO BRASILEIRO AO ESTADO DE REPRESSÃO DE GETÚLIO VARGAS

3.1 O IMPÉRIO BRASILEIRO E O TRIBUNAL DO JÚRI: AS REFORMAS IMPERIAIS

O conhecido Grito do Ipiranga exigiu do Império brasileiro sacrifícios, tais como a extinção do tráfico de escravos, fim da manutenção dos privilégios comerciais britânicos e o pagamento das dívidas contraídas por Portugal, inclusive a de um empréstimo inglês destinado a combater a independência do Brasil. Claro estava que a Inglaterra não queria a independência política do Brasil, pois se tinha como aliado Portugal e o Brasil colônia deste logo seus tentáculos se estendiam às terras brasileiras.

Durante quase três anos se arrastaram as negociações que finalizaram pela aceitação, pelo Governo Imperial das imposições inglesas.¹ A influência inglesa, portanto, estava no seio da administração brasileira pela sua total dependência econômica.

Em 9 de janeiro de 1822, Dom Pedro, depois de ser instado pela Coroa Portuguesa a voltar para Portugal resolve aqui permanecer (dia do fico) e, em 7 de setembro do mesmo ano, declara a independência do Brasil, tornando-se Imperador, aos 24 anos de idade, e recebendo o título de Dom Pedro I.

D. João VI somente reconheceu a independência do Brasil em 1825, recebendo em troca o título pessoal de Imperador, cláusulas que mantinham as vantagens da burguesia comercial portuguesa e a promessa de que o Governo brasileiro não aceitaria a incorporação de nenhuma colônia portuguesa. Tratava-se de uma imposição inglesa.

Nesse caso, uma vez independente, o Brasil perdia um de seus grandes mercados, o maior de seus mercados na fase colonial, o de Portugal, fato que, por si só, faria surgirem insurreições em diversas partes do País, com repercussões, também, no cenário jurídico.

Declarada a independência do Brasil, as leis portuguesas teriam aplicação no território brasileiro por força do Decreto de 20 de outubro de 1823, desde que não conflitassem com a soberania brasileira e com o novo regime, recentemente conquistados, razão pela qual o primeiro diploma processual (civil, comercial e penal), no Brasil independente, foram as Ordenações Filipinas, mantidas em vigor já que regiam desde 1603.

“A elite brasileira também absorveu muito do liberalismo político da Inglaterra. A Assembleia Constituinte delineou uma constituição sob a direção de José Bonifácio de Andrada e Silva, um proeminente proprietário de terras e jurista. Ela copiava, em grande medida, o sistema parlamentar inglês, com o objetivo de criar um governo controlado pela elite por meio de uma elegibilidade altamente restritiva. O imperador Pedro I não gostou dela. Ele dissolveu a assembleia e arbitrariamente promulgou sua própria constituição.”²

É nesse ambiente político conturbado e de liberdade da Metrópole que nasceu o júri, na Lei de 18 de julho de 1822, antes, portanto, da independência (7 de setembro de 1822) e da primeira Constituição brasileira (25 de março de 1824) e, ainda, sob o domínio português, mas sob forte influência inglesa. Na época, o júri era apenas para os crimes de imprensa e os jurados eram eleitos.

3.1.A Contexto histórico de nascimento do CPCI

A primeira Constituição da história do Brasil nascia de cima para baixo, ou seja, foi imposta pelo Imperador ao povo que representava uma minoria branca e mestiça que votava e tinha participação na vida política. Os escravos estavam excluídos de seus dispositivos, até porque eram tratados como coisa.

O Brasil passava a ter um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, inspirando-se na linha democrática europeia e dando a D. Pedro I o título de Imperador e defensor perpétuo do Brasil, que foi dividido em Províncias, adotando como religião oficial a Católica Apostólica e Romana (cf. arts. 1º a 4º da Constituição do Império).

A exclusão da maioria da população e a concentração do poder nas mãos do Imperador demonstravam o clima dentro do qual o Código de Processo Criminal do Império seria elaborado, em 1832.

Leslie Bethell e José Murilo de Carvalho ensinam que:

“Na segunda metade de 1823, a oposição ao imperador tanto na Assembleia Constituinte quanto na imprensa tornou-se cada vez mais forte. Em 12 de novembro de 1823, a Assembleia foi dissolvida à força e, entre outros, José Bonifácio e seus irmãos mais jovens e mais liberais foram presos e banidos para a França. O próprio Dom Pedro criou imediatamente um Conselho de Estado, que rapidamente redigiu uma constituição. Os Senadores eram escolhidos pelo imperador a partir de listas tríplexes de eleitos nas províncias e seus mandatos eram vitalícios. Para participar das eleições primárias, o votante devia ter uma renda líquida anual de 100 mil-réis, proveniente de bens ou de emprego; os eleitores deviam ter uma renda mínima de 200 mil-réis. O imperador nomeava os juizes do supremo tribunal.”³

O poder era exercido pelo Imperador através da ideologia francesa de Clermont Tonnerre e Benjamin Constant, que elaboraram a doutrina do Poder Moderador, ou seja, o Monarca “intervinha legalmente nos campos formalmente definidos nos quais se exerciam as práticas dos demais poderes”.⁴ Em outras palavras, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário eram limitados em suas funções, pois o Poder Moderador ultrapassava os limites estabelecidos na Constituição e os usurpava.

A Constituição de 1824 colocava os jurados como integrantes do Poder Judiciário com competência (territorial, tanto no cível como no crime e lhes dava competência para decidirem sobre o fato e aos juizes para aplicarem a lei (cf. arts. 151 e 152 da Constituição de 1824).

Vários fatores locais e regionais (as más condições de vida dos militares, com atraso do soldo e a rígida disciplina a que se submetiam) e até internacionais (a queda de Carlos X na França; a guerra entre Brasil e Argentina, na época Províncias Unidas do Rio da Prata) precipitaram a abdicação (7 de abril de 1831) e o retorno de Dom Pedro I para a Inglaterra, a fim de recuperar o trono que era ocupado, em Portugal, por seu irmão, Dom Miguel, deixando aqui seu filho de apenas cinco anos de idade, Pedro II.

Como Pedro II era menor, o País foi regido por figuras políticas que governavam em nome do Imperador; por isso, essa fase (de 1831 a 1840) foi chamada de *Regência*, em que várias reformas importantes trataram de suprimir ou diminuir as atribuições de órgãos da Monarquia e estabelecer uma nova estrutura legal para o País.

É nesse contexto histórico que entrou em vigor o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 dando maiores poderes aos juízes de paz. Boris Fausto conta essa história:

“Em 1832, entrou em vigor o Código de Processo Criminal, que fixou normas para aplicação do Código Criminal de 1830. O Código de Processo deu maiores poderes aos juízes de paz, eleitos nas localidades já no reinado de Dom Pedro I, mas que agora podiam, por exemplo, prender e julgar pessoas acusadas de cometer pequenas infrações. Ao mesmo tempo, seguindo o modelo americano e inglês, o Código de Processo instituiu o júri, para julgar a grande maioria dos crimes, e o *habeas corpus*, a ser concedido a pessoas presas ilegalmente, ou cuja liberdade fosse ameaçada.”⁶

Mais adiante, continua o historiador a ensinar a história dos bastidores do processo penal brasileiro a fim de se entender o júri:

“Os traficantes (de escravos)⁷ ainda não eram malvistas nas camadas dominantes e se beneficiaram também das reformas descentralizadoras, realizadas pela Regência. Os júris locais, controlados pelos grandes proprietários, absolviam os poucos acusados que iam a julgamento. A lei (de 7 de novembro) de 1831 (que proibia o tráfico de escravos para o Brasil) foi considerada uma lei para ‘inglês ver’. Daí em diante, essa expressão se tornou comum para indicar alguma atitude que só tem aparência e não é para valer.”⁸

Habermas, contudo, ensina como entender legítima uma lei:

“Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que ‘a liberdade do arbítrio’ de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos.”⁹

Em 29 de novembro de 1832, entrou em vigor o Código de Processo Criminal do Império de primeira instância,¹⁰ promulgado pela Regência Permanente Trina (Francisco de Lima e Silva, José da Costa Carvalho e João Bráulio Muniz), permitindo que pudessem ser jurados apenas os cidadãos que fossem eleitores, sendo reconhecido bom-senso e probidade (art. 23 do CPCI).¹¹ Consequentemente, somente seriam jurados os que tivessem uma boa situação econômica, já que estes é que podiam votar.

Se a pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada. Nasce aí a distância entre os jurados e os réus. Os réus nem sempre eram eleitores, mas pessoas das camadas mais baixas da sociedade, muitas daquelas que depois se passaria a chamar de excluídos sociais ou, na linguagem de Dussel, *as vítimas*.

Logo, integrar o júri era algo possível apenas para determinada classe social, fazendo falecer de legitimidade a formação do conselho de sentença.

3.1.B O Grande Júri como instrumento de garantia do acusado

No júri do Império havia o *grande júri* (*grand jury*) e o *pequeno júri* (*petty jury*). O primeiro, com debates entre os jurados, decidia se procedia a acusação contra o réu. Se os jurados respondessem afirmativamente, o réu seria submetido a julgamento perante o pequeno júri. Do contrário, o juiz julgava improcedente a denúncia ou queixa¹² (cf. arts. 248 a 253 do CPCI).

Veja-se o que dizia o Código de Processo Criminal do Império:

“Art. 248. Finda a ratificação do processo, ou formada a culpa, o Presidente fará sahir da sala as pessoas admitidas e depois do debate, que se suscitar entre os jurados, por a votos a questão seguinte:

Procede a accusação contra alguém?

O Secretário escreverá as respostas pelas fórmulas seguintes:

O Jury achou matéria para accusação contra F. ou F.

O Jury não achou matéria para accusação.”

João Mendes de Almeida Júnior informa:

“O nosso Código de Processo consagrou os dois júris, dando ao grande júri o nome de Júri de acusação e ao pequeno júri, o nome de Júri de sentença; entretanto, não seguiu completamente o sistema inglês, isto é, não admitiu que a queixa ou denúncia pudesse ser diretamente apresentada ao Júri de acusação. Os arts. 144 e 145 determinavam, neste ponto, o sistema do nosso Código: – o Juiz de Paz, a quem era apresentada a queixa ou a denúncia, depois de proceder as diligências, inquirições, interrogatório, em suma, aos atos da formação da culpa, pronunciava ou não o indiciado, declarando procedente ou improcedente a queixa ou denúncia.”¹³

Nessa época, saudosa, os jurados debatiam o fato/caso penal entre si para decidir se o réu iria ou não a plenário ser julgado, dando maior transparência e legitimidade às decisões do júri de acusação. A decisão do júri de acusação era, verdadeiramente, democrática, não obstante sua formação se pautar no poder aquisitivo dos jurados.

Destarte, o grande júri exercia o papel que hoje é dado ao juiz togado na decisão interlocutória de pronúncia (art. 408 do CPP = julgar admissível a acusação para efeito de submeter os acusados a julgamento). A sociedade é quem dizia se o réu devia ou não ir a julgamento popular. Era um mecanismo de controle popular sobre o exercício abusivo da acusação do Estado absolutista de levar um de seus súditos ao banco dos réus, sem que houvesse o mínimo de provas autorizadoras.

Decidido, pelos 23 jurados, que o réu seria julgado pelo Conselho de Sentença, este, formado por 12 outros jurados, decidiria sobre o mérito da acusação. Era o pequeno júri que decidia, debatendo o fato/caso penal entre si, a sós, em um espírito bem mais democrático do que dos dias atuais.

Eis o art. 270 do CPCI:

“Art. 270. Retirando-se os jurados a outra sala, conferenciarão sós, e a portas fechadas, sobre cada uma das questões propostas, e o que for julgado pela maioria absoluta de votos será escripto, e publicado como no júri de accusação.

Art. 289. Os jurados que servirem no jury de accusação não entrarão no de julgamento.

Os que comparecerem em uma sessão não servirão em outra, enquanto não tiverem servido todos os alistados, ou não o exigir a necessidade por falta absoluta de outros.”

A regra impeditiva de que os jurados que participaram do júri de acusação (decisão de pronúncia de hoje) não pudessem participar do julgamento era clara em assegurar a imparcialidade do juiz natural do fato/caso penal, ou seja, se já se manifestaram quanto à admissibilidade da acusação, era porque entendiam que existiam indícios de autoria e materialidade do crime em desfavor do réu, logo não podiam julgar o mérito. O mérito era decidido por outro corpo de jurados.

Contudo, tal regra não é usada nos dias de hoje, em que o juiz da decisão de pronúncia, muitas vezes, é o próprio juiz presidente da sessão plenária, com graves prejuízos à imparcialidade do julgamento.¹⁴

O Código atual tem regra clara que demonstra que o juiz do julgamento não pode ser, diante da Constituição da República, o mesmo que funcionou no curso do processo. Logo, mister se faz a existência de um juiz apenas para presidir o julgamento, livre e desembaraçado de todo e qualquer incidente ocorrido durante a instrução, bem como de toda e qualquer medida que possa comprometer sua imparcialidade.¹⁵

A estrutura do Tribunal do Júri no Império, levando-se em conta a sociedade da época, foi a mais democrática já tida no ordenamento jurídico brasileiro, até porque originária do berço da democracia e dos direitos e garantias individuais: a Inglaterra.

Analisando o júri nessa época, Fauzi Hassan Choukr faz as seguintes assertivas:

a eleição popular do jurado foi uma momentânea escolha do legislador que jamais se repetiu no direito positivo, seja no período imperial ou após a proclamação da República;¹⁶

o juízo de admissibilidade popular, totalmente consentâneo com o primado da participação popular na administração da justiça, assim como muito mais fiel ao preceito constitucional do juiz natural, jamais retornou ao direito positivo;

a discussão da causa entre os jurados como forma de obtenção do veredicto, mecanismo extremamente democrático fez parte da regulamentação jurídica do Tribunal do Júri e foi completamente abandonada nas reformas posteriores.¹⁷

Quando da abdicação do Imperador, em 1831, os liberais que constituíam a maioria no governo postularam a descentralização do poder. O governo criou, em 18 de agosto de 1831, a Guarda Nacional, que era uma milícia armada dirigida pelos grandes proprietários de terras. Essa fase foi marcada por várias rebeliões e revoltas provinciais que exigiram do governo uma posição mais dura e maior centralização do poder, porém havia necessidade de antecipar-se a maioridade do imperador para protegê-lo.

O Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 (adicional porque fez adições e alterações na Constituição de 1824) trouxe modificações importantes que influíram no júri do império, tais como: os presidentes das províncias continuavam a ser designados pelo governo central, criando-se ainda as Assembleias Provinciais com maiores poderes, substituindo os Conselhos Gerais; “extinguiu o Conselho de Estado e transformava a regência de trina em uma, eleita pelo conjunto do país através do voto censitário”;¹⁸ as Assembleias Provinciais podiam nomear e demitir funcionários públicos, fato que, por si só, deu um poder aos políticos locais que negociavam favores em troca de votos, ou perseguiam seus inimigos políticos e, por último, legislar sobre organização judiciária. Claro que, na medida

em que as Assembleias influenciavam na nomeação dos presidentes das províncias e nomeavam e demitiam os funcionários que queriam, o júri sofria com a intervenção indevida do poder soberano, pois os juízes de paz, bem como os jurados, eram escolhidos a dedo pelos senhores de engenho.

3.1.C A reforma processual penal como instrumento de manipulação política

Depois da edição do Ato Adicional, várias insurreições ocorreram e fizeram com que surgisse a necessidade de uma profunda reforma na organização estatal.

Na medida em que o governo central deu autonomia às Assembleias Provinciais e permitiu que elas pudessem organizar melhor a renda entre eles (governo e Assembleias), surgiram as disputas entre as elites regionais que queriam controlar sozinhas as Províncias que estavam crescendo.

Foram elas: Cabanagem, no Pará (1835-1840), que não deve ser confundida com a Guerra dos Cabanos, em Pernambuco (1832-1835); a Sabinada, na Bahia (1837-1838); a Balaiada, no Maranhão (1838-1840); e a Farroupilha, no Rio Grande do Sul (1836-1845).

Boris Fausto diz:

“As revoltas do período regencial não se enquadram em uma moldura única. Elas tinham a ver com as dificuldades cotidianas e as incertezas da organização política, mas cada uma delas resultou de realidades específicas, provinciais ou locais.

Em 1832, a situação se tornou tão séria que o Conselho de Estado foi consultado sobre que medidas deveriam ser tomadas para salvar o imperador menino, caso a anarquia se instalasse na cidade e as províncias do Norte se separassem das do Sul.”¹⁹

Nesse viés de rebeliões, o governo aprova uma reforma processual penal para, com a desculpa de sempre, conter a onda de violência: é o advento da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que surge como consequência dessas revoltas: o júri, como estrutura acusatória, sofre um duro golpe.

Os discursos parlamentares travados no senado imperial dão bem a ideia da origem do sistema brasileiro e de onde foram buscar inspiração para acabar com o grande júri. O autor do projeto de lei, que redundou no desaparecimento do grande júri, foi o senador Vasconcellos. Durante as discussões foram vários os argumentos pró e contra o grande júri. Aqueles que queriam mantê-lo justificavam que a Inglaterra era o berço sobre o qual o Brasil deveria se pautar para manutenção do grande júri, pois havia nele um respeito às liberdades públicas. Alguns senadores, como Almeida Albuquerque, defendiam a manutenção do grande júri, porém queriam diminuir o número de jurados que os integraria, entre 8 e 12 jurados. O senador Costa Ferreira²⁰ chegou a afirmar que os dois conselhos de jurados são as duas pedras angulares sem as quais o edifício social se desmorona. Dizia que o “grande júri foi criado no tempo de Alfredo, porque apareceram grandes abusos em um só júri; e porque hoje em dia nós queremos acabar com ele?”

Os que eram contra o grande júri (entre eles Carneiro Campos e Manuel Alves Branco) justificavam à luz do sistema de júri francês. O Senador Alves Branco alegava que:

“Direi poucas palavras sobre o artigo que está em discussão (supressão do grande júri). Um nobre senador fez-nos

apologia do júri inglês, eu também acho muito bom o júri inglês, mas não se deve concluir dele para o nosso; o nosso é diverso. O júri inglês compreende muitas atribuições administrativas que não são conferidas ao nosso, que é meramente criminal. As assembleias provinciais entre nós, assim como os conselhos gerais na França, é que desempenham as funções do grande júri inglês na parte administrativa: portanto, a parte pela qual o nobre senador elogiou o júri inglês, e pela qual nos quis provar que deveria ser conservado o grande júri entre nós, não é concludente. Eu também gosto de procurar as instituições das nações adiantadas quando se trata de estabelecer instituições no nosso país, porque entendo que todas as nações assim têm procedido, e hão de proceder, se quiserem marchar bem.

Desde os primeiros tempos do mundo assim acontecia; a nação que está mais adiantada ensina a outra, essa outra aprende dela e não é possível que nós queiramos limitar-nos ao nosso pequeno círculo de ideias, quando quisermos estabelecer instituições boas no país, sem que recorramos a ver o que as nações mais adiantadas têm feito em tal ou tal caso, para aproveitá-lo, quando se derem circunstâncias idênticas. Mas, enfim, eu não querei aplicar as instituições de um país velho e adiantado a um país novo como o nosso.

Ora, estará o nosso primeiro júri no mesmo caso do grande júri inglês? Os ingleses quiseram, e devem sustentá-lo em quanto não for melhor reformado, porque enfim não se tem dado mal com ele, ao menos não há na população grande desejo de o destruir, e eles têm meios de sustentar o grande e o pequeno júri; mas nós, com uma população muito diminuta, realmente não podemos sustentar o primeiro júri: sabemos que é uma perfeita ilusão o grande júri entre nós; ordinariamente é nas ocasiões de se fazer reunir o tribunal que se manda chamar uma porção de homens para o formar, e daí resultar os abusos imensos. Creio que todos sabem mesmo como os advogados hábeis preparam a decisão do nosso grande júri. Ora, à vista da falta de população em que se acha o império, parecia que nos devíamos limitar a um júri unicamente se acaso e seguisse daqui um grande inconveniente a respeito de garantias das liberdades públicas, ainda bem; mas acho que não resulta inconveniente algum da supressão do primeiro júri; já na França aconteceu isto mesmo, e é bem notável que Bentham, jurisconsulto inglês, e jurisconsulto que não é suspeito, porque é radical, falando do júri, diz que não teria dúvida alguma de acabar com o grande júri na Inglaterra, e apenas aplicaria o primeiro júri na primeira instância. Eis aqui a opinião deste jurisconsulto radical a respeito do júri na Inglaterra. Ora, tendo nós para o segundo júri muito maior número de pessoas, poderemos dar melhores qualificações aos jurados, e creio que daqui não haverá inconveniente algum, porque são cidadãos tirados à sorte para julgarem, os quais podem ser recusados pelos réus.” p. 354 [...]

“A França aboliu o primeiro júri, depois da experiência de 25 anos; e tratando-se de reformar o seu código no ano de 1830, não houve uma só opinião nas câmaras francesas, tanto do lado dos legitimistas como do lado dos republicanos, que se lembrasse de reproduzir o primeiro júri; o que é uma prova convincente de que ele não é considerado como uma garantia das liberdades públicas. Se o fosse, apareceria sua reprodução, e ela sem dúvida passaria. Julguei conveniente dizer isto para que não pareça que aqueles acabaram com o primeiro júri são homens que querem acabar com as liberdades públicas: a experiência tem mostrado que ele não serve de tal garantia.” ²¹

As palavras do Senador Manoel Alves Branco comprovam que o berço da reforma do grande júri no sistema brasileiro foi a França, pois serviu de parâmetro para que fosse abolido no Brasil o grande júri. Logo, diferente de que se possa pensar, não foi a Inglaterra a inspiração para a reforma de 1841, mas sim a França. Em outras palavras, foi ditatorial a reforma de 1841, pois apoiada em um sistema político repressor como o de Napoleão. A supressão do grande júri foi um retrocesso do processo penal brasileiro com a nítida intenção de estabelecer um

sistema punitivo inquisidor, retirando uma garantia fundamental do acusado: ter a pretensão acusatória apreciada pelos seus pares e não por um juiz e/ou delegado de polícia. A partir daí, então, estava pronto o sistema, era só iniciar a caça aos culpados. A pronúncia sendo proferida pelo juiz e não pelos jurados retira do acusado o direito de ser julgado pelos seus pares, mesmo que ainda em fase de admissibilidade da acusação. E pior: o juiz, à época, bem como o delegado eram escolhidos a dedo pelo Monarca ou quem suas vezes fizesse, retirando-lhes qualquer independência funcional que só vem a surgir na República.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ensina:

“Napoleão, um ditador como qualquer outro que, entre outras coisas, influenciou diretamente na direção de um retorno à estrutura do ancien régime [...], mas só conseguiu acabar com o júri de acusação, o que, aparentemente, não iria produzir (embora tenha efetivamente produzido) um grande efeito. ‘Napoleão quis também acabar com o júri de julgamento, mas o Conselho de Estado, fiel aos princípios da Revolução, opôs-se.

[...]

De qualquer forma, é preciso estar atento para o fato de que o Código Napoleônico informou a grande maioria das legislações da Europa continental e, de consequência, aquelas as quais estas influenciaram, entre outras a nossa, hoje em vigor.”²²

A Lei 261, regulamentada pelo Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842, dava um conteúdo autoritário e centralista ao Código de Processo Criminal do Império.

João Mendes de Almeida Júnior ensina sobre a reforma:

“A Lei (261, de 1841) não melhorou as condições do sistema. Ao contrário: restringiu as atribuições dos Juizes de Paz; criou os chefes de polícia, delegados, subdelegados, com atribuições judiciárias, inclusive a de formar a culpa e pronunciar em todos os crimes comuns; aboliu o júri de acusação, tornando independentes de sustentação as pronúncias proferidas pelos chefes de polícia e pelos juizes municipais, cabendo contra elas logo o recurso, e determinando que as pronúncias pelos delegados e subdelegados seriam sustentadas e revogadas pelos juizes municipais.”²³

A reforma, portanto, visava retirar das mãos do povo o poder de decidir se um cidadão deveria ou não ser julgado pelo pequeno júri. O mecanismo de controle do arbítrio estatal foi extinto com a reforma.

A decisão da procedência (ou não) da pretensão acusatória não mais pertencia aos jurados (grande júri) e sim às autoridades policiais e aos juizes municipais, sendo que, quando a decisão de pronúncia fosse dada pelos delegados e subdelegados de polícia, ela dependeria de confirmação por parte dos juizes municipais. Os delegados, subdelegados e juizes municipais eram nomeados pelo Imperador, sendo que os dois primeiros poderiam ser também pelos Presidentes das Províncias, o que retirava deles a independência para proferir uma decisão que desagradasse a Corte. E mais: quem elaborava a lista dos jurados eram os delegados de polícia, que escolhiam os cidadãos que podiam ser eleitores, excluindo da lista os que não tivessem, ao juízo deles, bom-senso, integridade e bons costumes (arts. 27, 28 e 29 da Lei nº 261, de 1841).

Nesse sentido, a mão forte do Estado tentava resolver os problemas sociais e políticos por meio da lei penal como até hoje ocorre, sempre se mostrando com providências desastrosas, o que aponta no sentido da imensa

dificuldade em se aprender a correta lição.

Vale a pena transcrever o art. 54 da Lei nº 261, de 1841, *in verbis*:

“Art. 54. As sentenças de pronúncia nos crimes individuais proferidas pelos Chefes de Polícia, Juizes Municipais, e as dos Delegados e Subdelegados, que forem confirmadas pelos Juizes Municipaes, sujeitam os réos à accusação, e a serem julgados pelo Jury, procedendo-se na fórma indicada no art. 254, e seguintes do Código de Processo Criminal.”

3.1.D Os jurados como representação de uma classe social

A reforma visava tornar a punição mais fácil para atender aos interesses do Estado monárquico, pois, na medida em que esses funcionários não possuíam independência funcional e eram locados de acordo com os interesses do monarca, a decisão era a que expressava o poder soberano. Os jurados eram pessoas escolhidas pela Corte e de sua confiança, pois, ao contrário, não seriam escolhidos. Logo, o Tribunal do Júri estava desfigurado com a reforma.

Os jurados eram escolhidos entre os cidadãos que podiam ser eleitores (art. 27 da Lei nº 261, de 1841) excluídos, portanto, os que tinham baixa condição econômica, criando, assim, um júri de classes. A participação, na vida política do Império, era exercida por um pequeno grupo de brancos e mestiços que votava em detrimento da grande maioria, não só escravizada, mas excluída de qualquer poder político.

Os escravos²⁴ eram tratados como coisas e, conseqüentemente, estavam fora desse processo e eram a maioria da população, salvo os libertos, que, embora na condição de livres, não tinham boa situação econômica. Em 1835, havia 6 mil eleitores e a capacidade eleitoral ativa exigia não só a liberdade, mas também renda. Era o que chamavam de voto censitário: havia certos requisitos, inclusive de natureza econômica, a serem atendidos, razão pela qual a população, em sua maioria, era excluída.²⁵

A necessidade que o Estado tinha de condenar para tentar conter a onda de insurreição nas províncias fez com que, na reforma da Lei nº 261, de 1841, o júri, que, até então, para condenar à pena de morte, necessitava de unanimidade de votos, passasse a decidir pelo quórum de dois terços dos votos, sendo que às outras decisões poderia ser por maioria absoluta, e, se houvesse empate, adotar-se-ia a decisão mais favorável ao réu (art. 66 da Lei nº 261, de 1841), *in verbis*:

“Art. 66. A decisão do Jury para applicação da pena de morte será vencida por duas terças partes de votos; todas as demais decisões sobre as questões propostas serão por maioria absoluta; e no caso de empate se adoptará a opinião mais favorável ao accusado.”

A reforma processual penal, como até os dias de hoje acontece, veio facilitando decisões condenatórias, desde a escolha dos jurados, pelos delegados de polícia, como pelo quórum exigido para se decidir. O Estado Imperial queria ter um maior poder em suas mãos, em especial no que se referia ao júri. Até porque os senhores de engenho, normalmente, integravam o corpo de jurados e, portanto, tinham poder sobre os demais ou sobre a escolha deles. Era o poder em suas mãos e, conseqüente e indiretamente, nas mãos do Imperador.

A independência do Tribunal do Júri ficou prejudicada com a reforma, pois suas decisões já não mais

emanavam do seio popular quando de sua criação, embora fosse composto pelo *povo*. Era o início de sua falência. Era a luta de uma classe abastada contra uma classe de excluídos.

Passados os anos e após o fim da Guerra do Paraguai, em 1870, nova reforma processual penal separou definitivamente, as funções da judicatura da atividade policial, modificando, inclusive, o Tribunal do Júri. Tratava-se da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871.

3.1.E O inquérito policial e sua origem inquisitorial: o saber-poder

O inquérito policial é um instrumento de manipulação política que o Estado utiliza para contenção das tensões sociais. Aqui Michel Foucault tem muito a dizer:

“O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder.”²⁶

O inquérito entra no direito por intermédio da Igreja Católica, surgindo uma estreita relação entre crime e pecado,²⁷ fazendo-se acreditar que através dele a verdade aparecerá. O mito da verdade real ganha espaço com o inquérito. Por isso, a tortura foi durante muito tempo legalizada pelo estado com o Escopo de se alcançar a verdade.²⁸

O Império brasileiro, como consequência do conflito, no plano externo, ficou mais endividado perante a Inglaterra, com quem havia reatado relações diplomáticas logo no início do conflito, e fortaleceu, no plano interno, seu exército, criando uma distinção inesperada entre as elites civis, chamadas de casacas, e os militares. Fato que, por si só, autorizava e fazia emergir a referida reforma, que já vinha desde 1845, mediante o movimento reformista.²⁹ A reforma feita pela lei acima trouxe de importante para o júri a extinção das atribuições dos chefes de polícia, delegados e subdelegados para a formação da culpa e para pronunciar os acusados nos crimes comuns, passando tal atribuição a ser competência dos juízes de direito das comarcas (art. 4º da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871).

A reforma visava separar as funções da polícia das do Poder Judiciário, extinguindo a jurisdição dos chefes de polícia, delegados e subdelegados quando se tratava de julgamento dos crimes e criando, para tanto, a figura do hoje falido e famigerado inquérito policial. Era a invenção absurda, no caso do rito do júri, de uma terceira instrução, sempre sem qualquer sentido prático que as justificasse.

Aí está a origem, no Brasil, do cunho inquisitorial e *condenador* do inquérito policial. Basta ler, ainda hoje, a capa de um inquérito policial que se encontrará a expressão: *réu ou acusado*. E pior: juízes exercendo juízo de valor, na sentença, com base no inquérito policial; ou ainda, ao tomar os depoimentos das testemunhas ou do próprio réu, lerem primeiro o depoimento prestado em fase policial para perguntar se confirmam ou não o que disseram. Se confirmarem, o juiz faz consignar a expressão: *que confirma seu depoimento em sede policial*. O tempo passa, mas a prática é a mesma.

O juiz brasileiro não consegue se livrar do *fantasma da verdade* que ele acha que vai encontrar no inquérito para sustentar a tomada de depoimento no processo, trazendo para este a verdade que está naquele. É um paradoxo. Ele não encontra naquele, nem neste, e se frustra. É quando diz que o processo não tem provas. Ou, se

tem, que as provas são contundentes. Em verdade, repetição do que se fez no inquérito com a diferença de que em juízo estavam o advogado e o promotor de justiça, ambos incidindo no mesmo erro judicial.

A busca do juiz pela verdade encontra expressão no interrogatório judicial quando investe contra o acusado querendo extrair dele, a qualquer custo, a verdade, extrapolando, algumas vezes, os limites das garantias fundamentais.³⁰

Em uma estrutura acusatória de processo penal o inquérito policial deveria ser excluído dos autos do processo, devendo permanecer apenas as provas irrepetíveis (ou não renováveis), ou seja, aquelas que não têm como ser reproduzidas no curso do processo.

A Lei nº 2.033, de 1871, revogou o art. 66 da Lei nº 261, de 1841, acima citado, ou seja, foi ele derogado e restabelecido o art. 332 do Código de Processo Criminal. O que significava dizer: as decisões do júri passavam a serem tomadas por duas terças partes de votos; somente para imposição da pena de morte é que seria necessária a unanimidade, mas em todo o caso, se houvesse maioria, impor-se-ia a pena imediatamente menor (art. 29, § 1º). Na dúvida, haveria condenação mesmo que à pena menor.

3.2 A REPÚBLICA E O TRIBUNAL DO JÚRI

A Guerra do Paraguai foi um sintoma forte de que, mais tarde, os militares, que andavam em baixa desde o período regencial de Feijó, quando foi criada a Guarda Nacional, iriam exigir a fatura: começa o movimento republicano que culmina com a Proclamação da República pelo Mal. Deodoro da Fonseca.

Vários fatores influenciaram para o fim do regime monárquico, mas os militares e um certo setor expressivo da burguesia cafeeira de São Paulo foram as principais forças que depuseram a Monarquia e, agora, iriam influir na República.³¹

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, o Brasil passa a se aproximar mais dos Estados Unidos e a se afastar da Inglaterra, que não via com bons olhos a República. A aproximação do Brasil com os Estados Unidos tinha o objetivo de fazer com que houvesse apoio para que o Brasil se tornasse a primeira potência sul-americana, exigindo, assim, uma Constituição aproximada desses novos ideais políticos, econômicos e sociais.³²

Na primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891 o júri era colocado dentro do título referente aos cidadãos brasileiros e na seção da declaração dos direitos, estabelecendo, no seu art. 72, § 31, que era “mantida a instituição do jury”.

Tal assertiva fez com que se sustentasse que a Constituição, quando mantinha o júri, impedia que leis posteriores pudessem alterar sua essência e, caso assim o fizessem, seriam inconstitucionais.

A expressão *é mantida a instituição do júri* impedia que se fizesse qualquer alteração na sua essência por qualquer lei ordinária, mantendo-se o *status quo*. Ou seja, o júri deveria ser mantido do jeito que estava.

Rui Barbosa, citado por Frederico Marques³³ dizia que a intenção manifesta na Constituição de 1891 foi determinar que o júri, *nos seus elementos substanciais, continuasse a existir tal qual era sob o regime anterior*. Logo, qualquer alteração que não respeitasse a essência do júri seria inconstitucional.

Se se adotasse o princípio constitucional da proibição do retrocesso social, Constituições futuras não poderiam sequer suprimir o Tribunal do Júri, como fez a Constituição de 1937. Ao se declarar que é mantida a instituição do júri, a regra é clara: **a instituição deve ser mantida**, sob pena de, ao suprimi-la, agir-se inconstitucionalmente. Isso

equivale dizer que se o júri é uma garantia do cidadão, desde sua origem, eventuais regras que o tratam como instrumento de punição, como o faz o Código de Processo Penal brasileiro, estão eivadas de vício que as torna inconstitucionais.

Nesse caso, a incomunicabilidade e a ausência de fundamentação dos jurados são regras processuais que não podem vigorar diante da clarividência do texto constitucional.

3.3 A REVOLUÇÃO DE 1930, O ESTADO NOVO E O TRATAMENTO DADO AO TRIBUNAL DO JÚRI

Banida a Monarquia e sendo a Família Real exilada para Portugal, o Brasil adota como forma de Estado Federação, e de governo, a República,³⁴ regulando o júri pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal e criando o júri federal com 12 jurados, sorteados dentre 36 cidadãos do corpo de jurados estaduais da comarca, *in verbis*:

“Art. 41. O Jury federal compor-se-ha de doze juizes, sorteados dentre trinta e seis cidadãos, qualificados jurados na capital do Estado onde houver de funcionar o tribunal e segundo as prescripções e regulamentos estabelecidos pela legislação local (sic).

O juiz da respectiva secção será o presidente do tribunal do Jury federal.

Art. 42. As decisões do Jury serão tomadas por maioria de votos. O empate será em favor do réu.

Art. 71. Ultimado o processo de formação de culpa, offerecido o libello e contrariedade, e notificadas as partes e testemunhas, o juiz federal officiará às justças locais competentes, para que constituam o Jury no mais breve prazo. Esta diligencia effectuada, o juiz federal assumirá a presidência do tribunal, e verificando o comparecimento das partes, testemunhas e jurados em numero legal, abrirá a sessão, declarando o tribunal constituído e procedendo em seguida ao sorteio do conselho, que se comporá de doze membros.

Art. 91. Retirando-se os jurados a outra sala, conferenciarão sós e a portas fechadas sobre cada uma das questões propostas, e o que for julgado pela maioria absoluta de votos será escripto e publicado.”

É da natureza e origem do Tribunal do Júri a composição de 12 jurados, não obstante, em alguns países, como já visto, essa composição possa se alterar um pouco. Contudo, a composição com número par do tribunal permite ao réu maior oportunidade de defesa, pois para um decreto condenatório mister se faz diferença de dois votos, se se trabalhar com decisão por maioria e, em caso de empate, a decisão mais favorável ao réu.

3.3.A Decisão do júri: maioria qualificada

O termômetro da temperatura da decisão do júri é o Estado na sua política liberal ou repressiva. É o Estado punitivo ou do bem-estar social. Na medida em que se aproxima de um Estado liberal, constituindo-se em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a decisão do tribunal popular deve ser mais difícil em se tratando de condenação, autorizando que a decisão dos jurados para condenar seja por unanimidade ou, sendo 12 o número de

jurados, por pelo menos 10×2 , o que poderia chamar de maioria qualificada. Do contrário, o réu deveria ser absolvido.

Durante a República, o júri era uma instituição aberta, democrática, com postulados liberais e garantidores da liberdade, pois veredicto condenatório somente por decisão com sete votos ou mais.

Contudo, quanto mais totalitário e opressivo for o Estado, maior será a facilidade para se condenar, pois no Estado ditatorial a liberdade é a exceção e a gestão da prova é a mola mestra do déspota. O Código atual, sendo da Era Vargas, coloca o juiz na posição de perseguidor da *verdade real* (art. 156 do CPP, com a redação da Lei nº 11.690/2008), mas a *verdade* dele, não do processo.

Aquilo que o juiz acha que é a verdade, pois esta não existe, enquanto verdade Toda.

“A República velha entra em colapso e surge um conflito estrutural entre a classe oligárquica, que pretendia conservar o monopólio do poder, e os grupos médios urbanos, que aí desejavam chegar, e marcará a vida política do país durante o período que vai de 1890 a 1930.”³⁵

A Revolução de 1930 expressava, na história brasileira, o primeiro caso de movimento revolucionário que partia da periferia sobre o centro.³⁶

Nesse período o País caminhou para a ditadura depois de atravessar a Primeira Guerra Mundial, o colapso da Bolsa de Valores de Nova Iorque dentre outros episódios históricos que autorizaram a derrubada de Washington Luís e a subida ao poder de Getúlio Vargas. A Revolução de 1930 tinha um objetivo claro: criar condições favoráveis para a rápida expansão do capitalismo no Brasil. Era a ascensão ao poder da classe social burguesa.

3.3.B Justiça de classe e o capitalismo selvagem: a missão secreta do direito penal no Estado punitivo

Com o Estado Novo (cf. item 1.3,*supra*) mister se faz a elaboração de uma nova ordem jurídica processual penal e penal, propriamente dita a fim de que se possam consagrar, legalmente, os interesses do capitalismo. Primeiro, é editado o Decreto nº 167, de 5 de janeiro de 1938, considerado a primeira lei processual penal da República.³⁷

O júri, então, passa a sofrer a influência do novo regime e da nova classe que assume o poder, logo, sua independência e soberania foram cerceadas. O déspota tem de ter o júri sob controle, e a melhor forma é retirando sua soberania, silenciando-o e diminuindo seu número para sete. Até porque a escolha dos jurados era feita por conhecimento pessoal do magistrado, o que, por si só, faz com que recaia sobre aqueles que pertencem à classe detentora do poder. A lei penal, seja processual, seja penal material, sempre foi um instrumento de legalização do arbítrio estatal, não obstante faltar legitimidade a seus atos. Não se pode confundir a legalidade (estar previsto em lei) com a legitimidade (harmonia com os postulados da vida humana como bem supremo e com o qual não se admite transação).

O sistema penal é e sempre foi seletivo, tanto no seu aspecto subjetivo (quem será julgado e quem vai julgar) quanto no seu aspecto objetivo (quais as condutas que deverão ser julgadas). Para tanto, Alessandra Baratta, *in verbis*:

“O sistema de valores que se exprime [no Direito Penal] reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. [...] As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis nos casos dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de ‘colarinho branco’.

[...]

O conceito de sociedade dividida, cunhado por Dahrendorf para exprimir o fato de que só metade da sociedade (camadas médias e superiores) extrai do seu seio os juízes, e que estes têm diante de si, predominantemente, indivíduos provenientes da outra metade (a classe proletária), fez surgir nos próprios sociólogos burgueses a questão de se não se realizaria, com isto, o pressuposto de uma justiça de classe.”³⁸

A sociedade, uma vez dividida em classes, passa a ter o Direito Penal como protetor das relações sociais que nela existem, mas, preferencialmente, protegendo a classe dominante. Se a burguesia assumia o poder, em 1930, era necessário ter instrumentos que personificassem seus interesses patrimoniais.

É a missão secreta do Direito Penal³⁹ E por que secreta? Porque tenta esconder a óbvia proteção ao patrimônio e não, por exemplo, a vida, discutida no júri ou no juízo singular (homicídio culposo). O confronto de alguns tipos penais, por si só, deixa clara essa missão: o furto qualificado tem penalidade maior (reclusão de dois a oito anos) do que o abandono de recém-nascido com resultado morte (detenção de dois a seis anos); o furto de veículo automotor transportado para outro Estado ou para o exterior tem pena de reclusão de três a oito anos, mas o infanticídio tem pena de detenção de dois a seis anos;⁴⁰ ou seja, a vida, em várias passagens, tem menos valor, para o Direito Penal, do que o patrimônio, se considerado *o quantum* de reprovação social que recai sobre ambas as condutas.

Nesse viés, Vargas consagra, na lei penal, o sistema que surgia na Revolução de 1930 com a ascensão da burguesia e é personificado com o Estado Novo, onde, através da força, instituiu seus ideais nacionalistas e industrializadores, pois o efeito prático do nacionalismo econômico foi criar condições de apoio às medidas para a industrialização no mesmo sentido da intervenção estatal da economia.⁴¹

Na medida em que o regime é endurecido, o governante precisa intervir no Poder Judiciário dificultando a liberdade e facilitar a repressão com a consequente privação das liberdades públicas. O Estado passa a se constituir em Estado punitivo e não, como deveria ser, Estado de bem-estar social. O Direito Penal passa a ser usado como instrumento de defesa do chamado bem jurídico, ante possíveis lesões ou perigos.⁴² O *Tribunal de Apelação*, na época, sofria fortes influências do ditador Vargas, que exercia controle sobre ele. Por isso, o júri era manipulado pelo exercício abusivo do poder, perdendo sua origem de tribunal popular, democrático, criado para retirar das mãos do déspota o poder de decisão sobre a vida dos súditos.

Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, as garantias do Direito e do Processo Penal, de fato expressam a técnica adotada pelo Estado com o objetivo de minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir o máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena.⁴³ O Estado tem de se tornar um Estado de bem-estar social, e não penitencial.⁴⁴

- ¹ ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena história da formação social brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 323.
- ² SKIDMORE, Thomas. **Uma história do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 63.
- ³ BETHELL, Leslie; CARVALHO, José Murilo de. O Brasil da independência a meados do século XIX. BETHELL, Leslie. **História da América Latina**: da independência até 1870. São Paulo: EDUSP, 2001. v. 3, p. 700.
- ⁴ ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de, op. cit., p. 342.
- ⁵ Texto da Constituição de 1824. “Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, cujas terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.
Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.”
- ⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 163.
- ⁷ “Quatro anos depois de definitivamente implantado o fim do tráfico negreiro, os grandes traficantes, que partilhavam das benesses da Corte, já tinham se bandeado para atividades menos lucrativas, porém mais nobres. Eram financistas, banqueiros, altos negociantes, exportadores, armadores – e portanto já estavam num patamar inalcançável pela justiça dos homens comuns” (MARCHI, op. cit., p. 230).
- ⁸ FAUSTO, **História...**, op. cit., p. 194.
- ⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factividade e validade. Tradução de Flávio Benc Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 52.
- ¹⁰ “O Código de Processo Criminal do Império, como bem salienta Cândido de Oliveira Filho, imitando as leis inglesas, norte-americanas e francesas, deu ao Júri atribuições amplíssimas, superiores ao grau de desenvolvimento da nação, que se constituía, esquecendo-se, assim, o legislador de que as instituições judiciárias [...] para que tenham bom êxito, também exigem cultura, terreno e clima apropriados” (MARQUES, J. FA **instituição...**, op. cit., p. 16).
- ¹¹ Código de Processo Criminal do Império.
- ¹² Art. 251 do CPCI – “quando a decisão fôr negativa, o Juiz de Direito, por sua sentença lançada nos autos, julgará de nenhum effeito a queixa, ou a denuncia” (sic).
- ¹³ ALMEIDA JR., op. cit., p. 233.
- ¹⁴ “O advogado de Coqueiro pediu anulação do segundo julgamento, por ter sido organizado pelo mesmo juiz do primeiro, o que era vedado pela lei, mas o tribunal considerou que o juiz do primeiro julgamento não interferira no segundo julgamento. ‘Limitou-se a fazer a chamada (dos jurados); a verificação das cédulas e os actos preparatórios’. Ou seja: o juiz tinha feito exatamente o que a lei proibia, mas o tribunal negou-se a reconhecer nos seus atos qualquer deslize que justificasse a nulidade do processo. O acórdão, aprovado por dez votos a um, era concluído com uma afirmação um tanto cínica: ‘As demais faltas allegadas são meras irregularidades que não induzem nullidade ao processo, no qual observa vão-se todas as formulas substanciaes’. Também para Coqueiro, agora restava uma definitiva opção: era a graça imperial ou o barão” (MARCHI, op. cit., p. 240).
- ¹⁵ Art. 423. “As justificações e perícias requeridas pelas partes serão determinadas somente pelo presidente do

tribunal, com intimação dos interessados, ou pelo juiz a quem couber o preparo do processo até julgamento.”

- ¹⁶ O autor se refere ao Código de Processo Criminal do Império de Primeira Instância de 1832, sem as reformas de 1841.
- ¹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kael. **A reforma processual penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001. p. 102-103.
- ¹⁸ MONTEIRO, Hamilton de Mattos. Da independência à vitória da ordem. In: LINHARES, Maria Yedda (Org.). **História geral do Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990. p. 139.
- ¹⁹ FAUSTO, **História...**, op. cit., p. 164.
- ²⁰ Sessão de 1º de agosto de 1840 do Senado do Império sob a presidência do Sr. Marques de Paranaguá, Disponível em: <www.senado.gov.br> – Publicações. Anais do Senado, Livro 5. Acesso em: 21 out. 2005. p. 231.
- ²¹ Sessão de 1º de agosto de 1840 do Senado do Império sob a presidência do Sr. Marques de Paranaguá, Disponível em: <www.senado.gov.br> – Publicações. Anais do Senado, Livro 5. Acesso em: 21 out. 2005, p. 225-226 e 354.
- ²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38-40.
- ²³ ALMEIDA JR., op. cit., p. 241.
- ²⁴ “Ele sabia, melhor que ninguém, que crimes praticados por escravos precisavam ser habilmente investigados, porque os reais envolvimento eram dissimulados; havia evidentes possibilidades de ocorrer terríveis erros judiciários. A primeira era que muitos escravos cometiam crimes obrigados por seus patrões; na justiça, os patrões culpavam os negros, alegando que eles tinham cometido o crime por arbítrio próprio e depois tentavam livrar sua responsabilidade dizendo terem sido mandados pelos patrões. O contrário também era verdade: muitos escravos espertos cometiam crimes por decisão própria e, para aliviar sua culpa, diziam terem sido mandados pelos seus patrões. Portanto, era sempre complicado elucidar crimes que envolviam interesses dos senhores e tinham participação de escravos [...] os escravos acabam sempre responsabilizados na maioria dos casos” (MARCHI, op. cit., p. 235).
- ²⁵ A violência na sociedade escravista não se limitava, pois, ao controle dos escravos, e o controle social não se baseava apenas na repressão. O objetivo geral da economia dos castigos, na sociedade escravista, era criar e manter os laços de dependência pessoal que uniam aos proprietários os indivíduos de *status* ou de condição econômica subordinada. Em relação a esse fim ordenavam-se, como numa série, a violência, efetiva e sua ameaça, e a benevolência, arbitrariamente concedida e/ou prometida (KOERNER, Andrei *Habeas corpus*, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920). **IBCCRIM** nº 10, São Paulo, 1999. p. 30).
- ²⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 1999. p. 78.
- ²⁷ FIGUEIRA, Luiz. **Produção da verdade nas práticas judiciárias criminais brasileiras: uma perspectiva antropológica de um processo criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 26.
- ²⁸ VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução de Frederico Caroti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

p. 77.

²⁹ Cf. PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jalevi, 1983. p. 145 ss.

³⁰ O sistema opera com a crença na possibilidade de se obter, através do processo penal, a reconstituição dos fatos, ou seja, a crença na obtenção da verdade real (Figueira, Luiz. **Produção da verdade nas práticas judiciais criminais brasileiras**: uma perspectiva antropológica de um processo criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 30).

³¹ “Quando o marechal Deodoro da Fonseca, por seu Ministério (de generais de brigada honorários), na atitude de um Estado-Maior na posição de sentido, teve um governador de sua escolha em cada província do antigo Império, a República havia recebido a sua estrutura definitiva. Pode se mesmo dizer que ela estava definitivamente organizada. A constituição do primeiro Congresso republicano não teve uma origem democrática. O ditador determinou aos governadores, por ele nomeados, que organizassem lista de eleitores obedientes e seguros, formando um Congresso constituinte que, instado em 15 de novembro de 1890, três dias depois aprovava, tendo contra apenas quatro votos, esta moção da autoria do Dr. Ubaldino do Amaral” (SILVA, Hélio. **1889: a República não esperou o amanhecer**. Porto Alegre: L&PM, 2005. p. 105).

³² “Dessa ditadura nascia o presidencialismo brasileiro, copiado do figurino norte-americano pela cultura de Rui Barbosa, penteado pelo positivismo de Benjamin Constant e seus companheiros do Apostolado, mas genuinamente sul-americano, caracteristicamente brasileiro. Com todos os indícios de hipertrofia que se agigantariam pela vida da República” (SILVA, Hélio, **1889...**, op. cit., p. 104).

³³ Marques, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963. v. I, p. 22.

³⁴ “Nem se deve esquecer a presença do instituto da escravidão, que excluía de qualquer direito, até mesmo civil, uma parte substancial da população; basta a existência da escravidão, ao que me parece, para tornar ainda mais plausível a afirmação de que a sociedade brasileira da época imperial era predominantemente oriental. Essa situação não sofreu alterações notáveis com a abolição e a Proclamação da República. Tal como a Independência, também a República foi resultado de uma ação ‘pelo alto’, de um golpe, o que impediu a participação ativa das massas populares. Por conseguinte, o bloco de poder que predominou na Primeira República (1889-1930) foi tão oligárquico quanto o da época imperial, com a única diferença de que, no interior dessa oligarquia, a burguesia agrária ligada à exportação do café tornou-se a fração hegemônica. As instituições liberais republicanas então criadas não eram de molde a favorecer o desenvolvimento de uma verdadeira sociedade civil” (COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 213).

³⁵ FURTADO, Celso. Apud FAUSTO, Boris. **A revolução de 1930**. 16. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 9-10.

³⁶ SODRÉ, Nelson Werneck. **Formação histórica do Brasil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2002. p. 352.

³⁷ “Art. 2º O Tribunal do Júri compõe-se de um juiz de direito, que é o seu presidente e de vinte e um jurados sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento.

Art. 3º Ao presidente e aos jurados competem, respectivamente, a pronúncia e o julgamento, nos crimes

definidos pelos artigos 294 a 296, 298, 298 parágrafo único, 299, 310, 359 e 360 parte primeira da Consolidação das Leis Penais, quando consumados ou tentados.

Art. 7º Os jurados devem ser escolhidos dentre os cidadãos que, por suas condições, ofereçam garantias de firmeza, probidade e inteligência no desempenho da função.

Art. 10. Anualmente serão alistados pelo juiz presidente do júri, mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, e sob sua responsabilidade [...].

Art. 75. Fechadas as portas, o conselho, sob a presidência do juiz, assistido do escrivão, que servirá de secretário, do promotor e do advogado, que se conservarão nos seus lugares, sem intervir nas discussões e votações, e de dois oficiais de justiça, passará a votar os quesitos que lhe forem propostos, observada completa incomunicabilidade dos jurados. Art. 84. As decisões do júri serão tomadas por maioria de votos. Art. 92. A apelação somente pode ter por fundamento:

a) nulidade posterior à pronúncia;

b) injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário.

Art. 96. Se, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apoio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso.”

³⁸ BARATTA, Alessandra. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto de Criminologia Carioca, 1999. p. 176.

³⁹ BATISTA, Nilo. **I ntrodução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 116.

⁴⁰ Os exemplos são de STRECK, **Tribunal...**, op. cit., p. 34.

⁴¹ Cf. SKIDMORE, **Brasil...**, op. cit., p. 69.

⁴² Cf. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **I ntrodução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 36.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, nº 12. p. 32, 2º semestre 2002.

⁴⁴ “Hoje, com um crescente setor da população que provavelmente nunca reingressará na produção e que, portanto não apresenta interesse presente ou futuro para os que dirigem a economia, a ‘margem’ já não é marginal e o colapso das vantagens do capital ainda o faz parecer menos marginal do que o é. [...] Estado de bem-estar? Já não podemos custeá-lo. Como consequência, os dispositivos de previdência, antes um exercício dos direitos do cidadão, transformaram-se no estigma dos incapazes e imprevidentes” (BAUMAN, **O mal estar...**, op. cit., p. 51).

DA IMPOSIÇÃO VIOLENTA DO SILÊNCIO À REFORMA PROCESSUAL PENAL DO JÚRI – LEI Nº 11.689/2008

4.1 A INCOMUNICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E SUA (FALSA) JUSTIFICATIVA

A incomunicabilidade do júri está prevista no art. 466, §§ 1º e 2º, *in verbis*:

“Art. 466 [...]”

§ 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

§ 2º A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.” (NR) (*grifo nosso*)

Trata-se de medida infraconstitucional que tem como escopo, na voz da doutrina tradicional, resguardar a opinião dos jurados, protegendo-a.

“à formação e manifestação livres e seguras, do seu convencimento pessoal, pela incomunicabilidade protegidos de eventuais envolvimento para arregimentação de opiniões favoráveis, ou desfavoráveis, ao réu”.¹

O objetivo, segundo Hermínio Marques Porto, é evitar a interferência de um jurado na formação de convicção de outro.²

A incomunicabilidade que a lei quer assegurar diz respeito ao mérito do julgamento e tem como objetivo impedir que o jurado exteriorize sua forma de decidir e venha a influir, quer favorecendo, quer prejudicando, qualquer um dos seus membros.

4.1.A Incomunicabilidade e sigilo do voto: distinção

Há uma enorme confusão entre a incomunicabilidade e o sigilo do voto. O sigilo visa evitar que se exerça pressão sobre a votação dos jurados, seja com perseguições, ameaças, chantagens, vantagens ou qualquer outro expediente que possa perturbar a livre manifestação do conselho de sentença. Contudo, para que se possa, realmente, assegurar o sigilo da votação, mister se faz que a contagem dos votos cesse no quarto voto sim, ou no quarto voto não, conforme o caso, pois na medida em que o juiz presidente do júri permite que sejam retirados todos

os (sete) votos da urna é possível, como ocorre, que haja unanimidade de votos e, nesse caso, não será difícil adivinhar quem condenou (ou absolveu) o réu. Logo, por terra foi a garantia constitucional do sigilo dos votos.

Nesse sentido, é a posição de Fauzi Hassan Choukr:

“Da mesma forma, ao sigilo do conteúdo do voto dos jurados nenhuma ofensa causaria a obrigatoriedade de motivar as decisões, posto que isto não faz supor a necessidade de identificar os jurados que votaram de tal ou qual maneira, preservando o princípio constitucional. Sem o que, como sabido à saciedade, a promulgação da unanimidade da votação quebra evidentemente o sigilo do voto, pela curial observação do conteúdo da manifestação de cada um dos jurados.”³

A Lei nº 11.689/2008 adotou nosso entendimento e consagrou o término da votação quando mais de três jurados responderem afirmativa ou negativamente, *in verbis*:

“Art. 483 [...]

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II *docaput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II *docaput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?” (*grifo nosso*)

Nesse aspecto, a reforma veio ao encontro do nosso entendimento, pois sempre entendemos desnecessário o juiz continuar a quesitar aos jurados quando quatro votos fossem sim, por exemplo. Se a decisão é por maioria de votos, não fazia sentido querer ouvir os sete jurados quando quatro votos já resolvessem a votação.

Todavia, parece haver uma contradição entre os §§ 1º e 2º do art. 483 e o art. 489, onde se lê que as decisões do Tribunal do Júri são por maioria de votos. Ora, se for sobre a materialidade ou a autoria, diz a lei, o juiz encerra a votação quando colher o quarto voto afirmativa ou negativamente, mas se for quanto à “absolvição do acusado” (inciso III), nada menciona, deixando transparecer que o juiz terá que recolher os sete votos. Errado.

A redação do art. 489 é para que seja estabelecido o quórum mínimo para votação dos jurados, o que não significa dizer que em todos os casos o juiz irá recolher os sete votos. A votação dos jurados poderia ser por unanimidade, mas o legislador preferiu por maioria de votos, e quando forem votados os incisos referentes a materialidade, autoria e *o jurado absolve o acusado* e os demais quesitos de causa de diminuição de pena e as qualificadoras, bastará os quatro primeiros votos em um único sentido para cômputo da votação, deixando o juiz de ler os outros três.

Embora a lei não tenha mencionado o inciso III do art. 483 e seu § 3º (as causas de diminuição de pena e as qualificadoras) é intuitivo que o que se quer é a expressão máxima dos jurados, sem ferir o sigilo do voto, isto é, também quanto ao quesito “o jurado absolve o acusado”, às causas de diminuição de pena e às qualificadoras, o juiz assim que recolher quatro votos afirmativa (encerrará a votação e o julgamento, se for absolvição) ou negativamente encerrará a votação, mas não necessariamente o julgamento.

Destarte, tanto nos incisos I e II quanto no inciso III e no § 3º, todos do art. 483, o juiz irá encerrar a votação o julgamento, se for o caso, quando quatro votos saírem num único sentido.

Não deve mais o juiz dizer de quanto foi a votação, se de 4×3 ou 5×2 , por exemplo, mas sim apenas que os jurados responderam “sim” ou “não” àquele quesito.

O sigilo, portanto, é externo, para o público e para as partes, não, necessariamente, entre os jurados. Até porque seria ingênuo achar que os jurados não comentam, entre si, suas impressões e seus sentimentos em relação ao fato objeto de julgamento, quando estão nos intervalos. Somente o neófito, ou o teórico, distante do júri, pode assim pensar.

Entretanto, fala-se da incomunicabilidade, da ausência de expressão verbal entre os jurados na hora do julgamento, no momento em que a liberdade do outro está sendo decidida entre aqueles que o chamam de seus pares.⁴ A incomunicabilidade assegurada na lei é “*para que o jurado decida por si, sem influência estranha*”.⁵

4.1.B Jurados: teoria da psicologia das multidões

Em verdade, a incomunicabilidade é expressa na teoria da *psicologia das multidões* surgida no final do século XIX e início do século XX, e que, posteriormente, ingressou no Código de Processo Penal na década de 1940 quando se entendia que uma pequena elite nacional formava o chamado “povo”, e não, como se pensava, era formado pelo conjunto de cidadãos, cujos direitos e deveres iguais eram diferentes, devendo mesmo, em decorrência dessa diferença, ser distribuídos de forma universal, de igual modo para todos.

Nesse sentido, a população não era formada pelo povo, e, quando se falava em participação popular, era ela limitada aos que estavam integrados à chamada elite nacional, a uma pequena parcela da sociedade. Logo, júri não era para todo mundo e quem lá estava (e ainda está) integrava um grupo especial de indivíduos: aqueles que estavam (e estão) integrados e incluídos socialmente, encontrando-se no topo da sociedade, prontos para julgar os outros.

A opinião, portanto, esposada no júri, era fruto da formação de todos que integravam o sistema da vida social, em contraposição aos que não estavam integrados.

Gabriel Tarde ensina:

“A opinião é um grupo momentâneo e mais ou menos lógico de juízos, os quais, respondendo a problemas atualmente colocados, acham-se reproduzidos em numerosos exemplares em pessoas do mesmo país, da mesma época, da mesma sociedade.

Mas há sempre duas opiniões em confronto, a propósito de cada problema que se coloca. Só que uma das duas consegue rapidamente eclipsar a outra por irradiação mais rápida e mais brilhante, ou então porque, embora menos difundida, é a mais barulhenta.”⁶

Na medida em que no júri os iguais julgam os desiguais e os debates se estabelecem em nível de exclusão pertencente a um pequeno grupo que detém o poder, surge uma nova ordem, como já dito, que desagrade a elite nacional. Nesse viés político, necessário se fez calar os jurados estabelecendo o silêncio e impedindo, autoritariamente, a manifestação de suas opiniões, pois a conversação, na sala especial (chamada de sala secreta por alguns autores: art. 485), é fruto do exercício do poder.⁷

Quando o júri surgiu, já na Inglaterra, o que se quis foi retirar das mãos do rei o poder de decidir, pois a

“conversação é, antes da imprensa, o único obstáculo aos governos, o abrigo inexpugnável da liberdade; cria as reputações e os prestígios, determina a glória e, através dela, o poder. Tende a nivelar os conversadores assimilando-os e destrói as hierarquias à força de exprimi-las”.⁸

Em verdade, o rei Henrique II permanece com o processo em suas mãos e passa o direito material ao povo. Logo, se o povo condenasse, a decisão era sua. Se o povo absolvesse, a decisão também era sua, ou seja, o rei não errava.

4.1.C Tribunal do Júri e o direito penal do autor

Quando Vargas assumiu o poder, ele cristalizou seus ideais, também, no Tribunal do Júri, tornando-o incomunicável. Nesse sentido, a incomunicabilidade é fruto de um perverso sistema que assume o poder com Vargas, onde se verifica a consagração de uma política de segregação racial, pois o Código Penal adotava, em 1890, novos contornos teóricos trazidos pela Escola Positivista, em contraste com a Escola Clássica.

“A Escola Positiva impôs um rígido determinismo em que homens cunhados biológica e socialmente de determinada maneira seriam impulsionados sem resistências às suas ações. Criminosos e não criminosos se diferenciam fundamentalmente por suas diferenças bioantropológicas.”⁹

O Código de 1890 consagra essa filosofia e estabelece um novo tipo de criminoso, pois o Direito Penal passa a se preocupar com o homem e não com o fato. A ciência penal, aliada à medicina, passa a estudar o homem como objeto sobre o qual deve recair o castigo, ou seja, a pena, em nome da defesa social e repressiva ao indivíduo.

O médico Lombroso¹⁰ foi um dos maiores representantes dessa categoria de profissionais que iria expressar o ideal de um novo Direito Penal. Para tanto, criou uma tabela para delimitação do criminoso, onde os elementos anatômicos, os psicológicos e os sociológicos davam origem aos crimes cometidos por atavismo¹¹ e aos crimes cometidos por evolução, ou seja, os praticados nas sociedades mais avançadas e evoluídas.

Carlos Bacila afirma:

“Cesare Lombroso faz inúmeros estudos dos sinais físicos e psíquicos dos criminosos que foram por ele selecionados para depois concluir que o delinquente já possuía a marca desde o seu nascimento e que pode identificá-lo como tal. Em uma destas pesquisas ele analisa 79 crianças de menos de 12 anos que estão internadas em casa de correção, classificando-as como ladrões (quarenta), malfeitores ou vagabundos (vinte e sete), homicidas (sete) e adolescentes que não declararam a falta (três).”¹²

A contribuição do pensamento médico é marcante na metade do século XIX, pois “o médico torna-se planejador urbano”.¹³

Há uma divisão profunda na sociedade da época, pois o racismo faz o corte entre o que deve viver e o que deve morrer, mediante o exercício do poder, pois, segundo Michel Foucault, é

“uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. De estabelecer uma censura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico.

[...] Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer censuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder [...]. A morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior é o que vai deixar a vida em geral mais sadia e mais pura”.¹⁴

Portanto, o Código Penal de 1890 veio inserir essa política que é corroborada no de 1940 e, consequentemente no processo penal instaurado em 1941, durante o período Vargas, instrumentalizando, no júri, a discriminação e o racismo adotados.

4.1.D A linguagem como instrumento de democratização da decisão do júri

A justificativa de que a incomunicabilidade é necessária para que um jurado não venha a influir no voto do outro é falsa e desprovida de sentido e explicação histórica. Trata-se de uma medida arbitrária que não espelha a realidade do significado do Tribunal do Júri, enquanto instituição democrática, muito menos, hoje, alcança o estágio de civilidade vivido pelos cidadãos brasileiros.

É imperiosa a adoção da comunicabilidade entre os jurados a fim de que se possa extrair uma decisão justa, ou, ao menos, para conseguir que a decisão do júri seja menos injusta possível, ou que a decisão injusta seja cada vez mais rara,¹⁵ pois sempre fruto do debate, da discussão, da democracia processual.

A conversação é o instrumento através do qual os jurados vão fundamentar e exteriorizar suas opiniões sobre os fatos objeto do processo, evitando o arbítrio e qualquer decisão estigmatizada.

Para tanto, o filme *DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA* (1957) – com Henry Fonda –, deixa clara a importância do exercício da linguagem no Tribunal do Júri onde o fato óbvio, claro para alguns jurados, até porque é fácil condenar o outro, em verdade necessita de uma discussão maior, de uma pesquisa diferenciada, de ouvir com ouvidos de quem quer conhecer e enxergar com olhos de quem quer ver as provas dos autos, até chegar à comprovação da inocência do acusado.

A linguagem, portanto, é exercício de democracia processual onde o outro será julgado, através de seus pares, com a ética devida e necessária. O fato de um jurado poder influenciar outro, durante a discussão da causa, não pode, por si só, obstar o exercício da linguagem. Tal influência, se houver, é fruto do sistema democrático de que o poder emana do povo e em seu nome é exercido, pois a eleição comum de candidatos a cargo público também está sujeita a tal influência e nem por isso perde seu caráter de representatividade popular. No júri, quanto maior for a discussão da causa, mais representativa será a decisão dos jurados.

4.1.E Jurados mudo, surdo-mudo e deficiente visual

A discussão, hodierna, sobre as diferenças e, consequentemente, a inclusão social faz surgir uma questão: o mudo poderá fazer parte do conselho de sentença, uma vez preenchidas todas as formalidades legais (art. 436 do CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008)?

Sem dúvida. Ele não se expressa de viva voz, mas escreve e, portanto, pode manifestar seu voto. Ouve, vê e entende tudo o que está acontecendo. Lê todas as peças existentes no processo.

Logo, não faz sentido negar-lhe o exercício da cidadania no Tribunal do Júri por uma deficiência que em nada prejudicaria sua função constitucional de jurado.

O problema poderia estar no surdo-mudo. Embora não ouça e não fale, ele escreve, logo se manifesta, porém seu conhecimento dos fatos ficará condicionado a um tradutor da fala das partes, do juiz e de todos que se manifestarem no julgamento, além, é claro, na sala especial (chamada de secreta por alguns autores: art. 485), dos outros jurados (nesse caso, se houver comunicação entre os jurados como se quer).

Diferente do que se possa pensar, tem pleno exercício da linguagem fonética, que substitui com gestos articulados. Gadamer ensina que, *mesmo em casos excepcionais, como os surdos-mudos, a linguagem não é uma linguagem própria de gestos, que se expressa por gestos, mas a cópia que substitui a linguagem fonética articulada através do uso de gestos igualmente articulados*.¹⁶

Quer-se dizer: enquanto muitos pensam que os surdos-mudos falam fazendo gestos mímicos, em verdade eles falam pelo mesmo processo de linguagem que o homem perfeitamente são, mas substituindo a linguagem fonética pelos gestos, ou seja, trata-se da mesma linguagem, porém com outro instrumento.

Para que o surdo-mudo possa, portanto, fazer parte do julgamento, mister se faz que o Judiciário esteja aparelhado com um tradutor das LIBRAS (Linguagem Brasileira de Sinais), pois, como se disse, as Línguas e Sinais não são simplesmente mímicas e gestos soltos, utilizados pelos surdos para facilitar a comunicação. São línguas com estruturas gramaticais próprias (Lei nº 10.436/02).¹⁷ Por isso, atribui-se às Línguas de Sinais o *status* de língua porque elas também são compostas pelos níveis linguísticos: o fonológico, o morfológico, o sintático e o semântico. Nesse sentido, a linguagem aqui está sendo entendida como “*uma gama incrivelmente intrincada de formas sociais de comunicação e de significação que inclui a linguagem verbal articulada, mas absorve também, inclusive, a linguagem dos surdos-mudos*”.¹⁸

Destarte, não obstante a incapacidade auditiva e linguístico-verbal do surdo-mudo, é perfeitamente possível integrar o conselho de sentença e ter presente um intérprete para que possa externar seu voto e traduzir a conversação durante os debates. Perceba que não se trata do sigilo do voto (para o público) que permanece, mas sim da comunicabilidade (entre os jurados) que se adota. O intérprete do surdo-mudo presta o compromisso e fica sujeito às prescrições legais (arts. 275 ss do CPP). Trataremos desigualmente o desigual e igualmente os iguais.

Por fim, o deficiente visual não pode ser excluído do conselho de sentença, pois não obstante ser privado do sentido da visão, prejudicando a percepção visual de algumas peças do processo (laudos, esquemas gráficos, fotografias, filmes exibidos em plenário), pode se manifestar diante de tudo o que foi dito e lido em plenário, inclusive pedir ao juiz que leia os depoimentos que foram usados pelas partes. Na sala especial (chamada de sala secreta por alguns autores: art. 485), como haverá comunicação entre os jurados, não haverá dificuldade quanto ao voto a ser proferido pelo jurado deficiente visual.

Logo, embora prejudicado pela deficiência visual para conhecer algumas peças do processo, não há nenhum óbice legal em sua aceitação, uma vez aceita a comunicação entre os jurados. No mesmo sentido, deve ser permitida a participação do deficiente visual no sistema hodierno, pois as cédulas, de todos os jurados, devem ser em braile e escritas a fim de que não se quebre o famigerado sigilo do voto. O Poder Judiciário deverá estar dotado dos instrumentos necessários a viabilizar a participação popular do deficiente visual. O que significa dizer: todas as cédulas (sete “sim” e sete “não”) deverão ser escritas em braile e em português, assegurando a igualdade entre todos do Conselho de sentença.¹⁹

Se a decisão dos jurados fosse através da comunicação entre eles, em votação aberta e em voz alta, discutindo entre si o caso penal na sala especial, não haveria necessidade de cédula em braile, muito menos, em verdade, de cédula.

É a formação do Conselho de sentença com todos os segmentos sociais a fim de obter, ao máximo possível, uma decisão que espelhe o sentimento da comunidade local, sem preconceitos. Júri é vida em toda sua dimensão, ou seja, nele são reunidas as condições necessárias para que a sociedade possa conhecer dos fatos, através de todos os seus representantes, externando suas experiências e vivências possíveis. Por isso, a comunicação entre os jurados é o que funda sua existência e manutenção.

A presença do jurado deficiente físico não significa dizer que ele seja representante desse segmento social, pois todo jurado representa a comunidade enquanto grupamento social, mas não os interesses daquele grupo pelo qual é identificado, ou seja, a mulher jurada não representa as mulheres no júri; o homem de origem indígena não representa os índios; o homem jurado não está representando o papel masculino do ser humano no júri; o deficiente auditivo não representa os surdos, e assim por diante.²⁰ Em respeito às diferenças e, principalmente, à dialética citamos a posição diametralmente oposta do jurista Luiz Flávio Gomes, *in verbis*:

“Impedido é, também, por razões óbvias, o surdo, não por se tratar de verdadeiro imbecil ou um idiota, mas somente porque impossibilitado de ouvir o discurso das partes. O cego, impedido de examinar provas que por vezes são apresentadas em plenário (fotografias, perícias etc.), embora com a capacidade intelectual plenamente preservada, também não está habilitado a servir como jurado.”²¹

4.2 A FUNÇÃO E A ESCOLHA DOS JURADOS

O papel desempenhado pelos jurados, no júri brasileiro, é o de expurgar, de uma vez por todas do sistema social, os indesejáveis, as *vítimas* no viés dusseliano. O acordo possível alcançado na comunidade hegemônica real dos jurados, mesmo que através do silêncio, é eticamente excludente de afetados²² que, pela própria condição de excluídos, não pode fazer parte do Conselho. Logo, a função não é como se diz e pensa na doutrina tradicional de julgar seus pares, até porque quando da criação do júri a ideia era de os nobres julgarem os nobres e não mais pelo monarca (cf. item 2.1 *supra*), razão pela qual o povo está, completamente, fora desse processo.

O discurso tradicional e falacioso é de que o povo julga seus pares, mas sem dizer que esse povo é a sociedade organizada e incluída no sistema de um mundo globalizado e excludente. É fator psicológico que um indivíduo, ao julgar o outro, observa-o de cima para baixo em um polo social como que mais elevado, razão pela qual o magistrado, quando interroga um empresário, ou um profissional liberal, trata-o de forma diferente daquilo que faz com um torneiro mecânico, mesmo que o crime de ambos seja um homicídio. É do ser humano a falsa sensação de que é superior ao seu semelhante, ao menos enquanto visto sob o viés ético de proteção da vida como bem supremo e não, simplesmente, do *status* social que ocupa.

O júri é uma fábrica produtora de condenação e encarceramento de indivíduos exatamente pela composição de seu Conselho, pois os jurados, ao julgar, decidem aquilo que é bom para a camada social a que pertencem, imaginando ter base para todas, sem qualquer preocupação com o outro, como ser excluído socialmente.²³ Lenio Streck reflete bem essa ideia:

“Isto porque há – necessariamente – uma estreita relação entre os resultados dos julgamentos e a composição do corpo de jurados de cada cidade/comunidade. Pode não ser o fator determinante por si só, mas é elucidativo o fato de que o elevado grau de participação das camadas médio-superiores no júri tem como consequência um elevado

número de condenações.”²⁴

E conclui com uma frase inspirada em Corrêa: “*Matem-se entre vós, que saberemos julgá-los entre nós.*”²⁵

Na medida em que a sociedade é dividida entre pobres e ricos e, no meio, a chamada classe média protegendo estes, o resultado no júri é fruto dessa estratificação social perversa imposta cada vez mais por um mundo globalizado.²⁶

A escolha dos que vão julgar os outros está expressa no Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

§ 1º Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução.

Art. 425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população.

§ 1º Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do § 3º do art. 426 deste Código.

§ 2º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.”²⁷

Notória idoneidade é um conceito tão vago quanto o notório saber jurídico na escolha de ministros para os tribunais superiores e de desembargadores para os tribunais estaduais e federais por parte do chefe do Executivo. A requisição feita pelo juiz às repartições públicas, às associações e aos sindicatos de classes é expressiva da exclusão social dos outros, pois a experiência no júri ensina que muitos juízes, inclusive, oficiam ainda às universidades públicas e privadas, tornando o julgamento nem tanto por leigos, mas sim por técnicos em Direito, sem contar as repartições públicas do tipo procuradorias do Estado e municípios que enviam seus funcionários formados em Direito. Em verdade, o compromisso desses funcionários, em larga escala, não é com a justiça, mas sim com os dias em que ficarão sem trabalhar, parados à disposição do Judiciário.²⁸

Tal sistema, inclusive, é fruto do serviço público brasileiro, pois na iniciativa privada o empregado não pode se dar ao luxo de permanecer sem trabalhar à disposição da Justiça, muito menos o profissional autônomo (taxista, por exemplo) ficar um dia sem trabalhar. A regra legal de que não poderá haver desconto *nos vencimentos* do jurado (art. 441 do CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008) é falaciosa, só servindo mesmo para o servidor público, porque para o empregado da iniciativa privada o que há é pior do que desconto: dispensa.²⁹

Essa é uma das razões pelas quais ocorrem algumas absolvições no Tribunal do Júri e a sociedade não entende o porquê. É simples: a sociedade quer justiça, desde que não seja feita por ela. É comum vermos na imprensa uma notícia de escândalo de corrupção e logo, logo, aparece “alguém” para dar lição de moral. Contudo, quando esse

“alguém” vai ao mercado e recebe a mais um valor em dinheiro do que tinha direito como troco, não o devolve. É uma questão ética e, no júri, não poderia ser diferente porque quem está lá é a mesma sociedade. Quando se colocam no júri os iguais na sua diferença, o resultado é ético.

A função de jurado, no Brasil, não é um exercício de cidadania, como nos EUA, mas um serviço obrigatório³⁰ razão pela qual o cidadão não pode se furtar à participação no júri, salvo os casos expressos em lei.³¹

O jurado brasileiro é sorteado, dentre os cidadãos, tanto para integrar o corpo de jurados (25) como, posteriormente, para fazer parte do conselho de sentença (sete). Logo, como diz Frederico Marques, *“não tem parcela alguma de mandato popular, pois que não é escolhido pelo povo para o exercício de suas funções, [...] não representando parcela alguma da sociedade”*.³²

Nesse sentido, a escolha é excludente e falece de legitimidade ética, pois ao excluir as vítimas, na expressão de Dussel, desse processo quebra-se o dever ético-crítico da transformação como “possibilidade de reprodução da vida humana e como desenvolvimento factível da vida humana em geral”. Para Dussel, é *“obrigatório para todo ser humano transformar por desconstrução negativa e nova construção positiva as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade, que produzem a negatividade da vítima”*.³³

Nesse viés, a função e a escolha dos jurados, no sistema jurídico brasileiro, é inconstitucional, por ferir a regra que estabelece como objetivo fundamental da República brasileira a promoção do *“bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, além da que assegura a isonomia entre todos e o direito à vida”*.³⁴

A função e a escolha dos jurados, portanto, não passam por um filtro ético axiológico e, conseqüentemente, constitucional. Faz-se mister, urgente, toda uma nova reforma processual no sentido de adequar o júri à realidade constitucional hodierna a fim de que seja, efetivamente, um instrumento de garantia do acusado e não um triturador das liberdades públicas. O júri é o ambiente de proteção do indivíduo, o que não significa dizer que não possa ser condenado pelo **fato praticado**, pois não se pode confundir **impunidade** com **garantias constitucionais**. O que a CR garante são os direitos fundamentais, não a impunidade. Contudo, tal condenação somente poderá ocorrer depois de observadas todas as formalidades constitucionais em favor do acusado e, por isso, o júri deve ser reformado de verdade (a reforma da Lei nº 11.689/2008 não atendeu ao mínimo necessário para se alcançar um compromisso ético no júri) e não extinto, por enquanto.

4.3 A REFORMA PROCESSUAL PENAL DO JÚRI CONSTITUCIONALIZAD

*Nós permitimos que vocês julguem mais uma vez, desde que condenem logo.*³⁵

O processo penal brasileiro já foi objeto de inúmeros anteprojetos de lei³⁶ visando à sua reforma, mas nenhum deles, efetivamente, saiu do papel, pois há uma certa resistência do legislador em mudar o Código, durante a democracia e, quando o faz, é para pior.³⁷ A reforma processual penal não pode ser pontual, parcial, como sói acontecer, mas sim geral, a fim de que se possa ter uma perfeita harmonia do sistema. Não é crível, mas é verdade: é mais fácil se elaborar uma Constituição³⁸ do que um Código de Processo Penal compatível com ela.³⁹

A Lei nº 11.689/2008 não fez uma reforma total do processo penal, mas sim parcial do Tribunal do Júri.

A alegação de morosidade no processo legislativo e dificuldade política para a provação de um novo Código não pode ser motivo para impedir sua elaboração, pois, quando o governo deseja aprovar qualquer projeto, ele aprova. Para tanto, basta observar o projeto de reforma da previdência social, de reforma tributária, o Estatuto de Desarmamento, o Código Civil, dentre outros. Todos, aprovados com vontade e determinação políticas. Nesse sentido, a questão é meramente de política de governo e compromisso social.

Tem-se por objetivo, agora, propor uma reforma no júri, em especial na parte referente à incomunicabilidade, deixando uma contribuição, não obstante se entenda que tal reforma não pode ser apenas no júri, mas sim em todo o Código. Porém, como uma proposta de reforma total do Código foge aos limites deste estudo, trabalha-se em cima (da desconstrução) do último projeto apresentado no ano 2001, a fim de ultimar-se uma verdadeira modificação do júri, mas sempre à luz da Constituição dirigente.

A reforma processual penal, antes de tudo, deve ser principiológica. As práticas antigarantistas inseridas no atual Código de Processo Penal amparavam (e amparam) uma normatividade de emergência e de pânico fruto de um sistema político que expressava os ideais setorizados de uma sociedade agrária que encontrava no Tribunal do Júri um dos locais de expressão e manifestação de seu poder.⁴⁰ Logo, toda e qualquer reforma do júri (e de todo o Código de Processo Penal) tem de afastar esses ideais e adotar os de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º da CR).

4.3.A A Lei nº 11.689/2008 – arts. 406 *usque* 413 – Instrução preliminar

Na Lei nº 11.689/2008, em vigor no País desde 9 de agosto de 2008, simplificaram o rito do júri, mas a simplificação foi tanta que não perceberam que a realidade brasileira não comporta audiência una, isto é, todos os atos realizados em um único dia com audiência regida pelo princípio da concentração. Só quem não milita no júri, ou quiçá tenha entrado em um fórum, pode pensar que será possível o juiz realizar, num único dia, uma audiência ouvindo, em regra, 17 pessoas, no mínimo, além de repetir os mesmos erros do Código passado, ou seja, é o novo com cara de velho.

Vejamos o rito processual do júri na sua 1ª fase com as inovações da Lei nº 11.689/2008:

1ª PRIMEIRA FASE:

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE:

(Iudicium accusationis),

**D – C – RP – OMP – prova de acusação prova de defesa – esclarecimentos dos peritos, se houver
Desp (marca-se a AIJ): interrogatório do acusado alegações finais orais decisão de pronúncia**

(Denúncia – Citação – Resposta prévia à acusação – Oitiva do MP – Despacho)

Oferecida a denúncia (art. 406);

O juiz ordenará a citação do acusado para responder à acusação (art. 406);

O juiz ouvirá o Ministério Público sobre a resposta prévia à acusação (art. 409);

O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máxi

de dez dias (art. 410);

Na audiência de instrução proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, além do interrogatório do acusado (art. 411);

As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez (§ 4º do art. 411);

O procedimento será concluído no prazo máximo de noventa dias (art. 412);

Encerrada a instrução preliminar, o juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo e pronunciando o acusado (art. 413).

Imagine um processo em que o MP e a defesa arrolaram cada um oito testemunhas, sendo que a defesa requer, desde logo, o esclarecimento do perito oficial que elaborou o laudo (art. 159, CPP), sendo dois os acusados. Ou seja, serão ouvidas na AIJ 19 pessoas, em tese.

Considerando que cada parte, em alegações orais, tem 20 minutos para fazer sua sustentação oral (§ 4º do art. 411), teremos 60 minutos (20 para cada defesa de cada réu e mais o MP), ou seja, além da oitiva das 19 pessoas, ainda teremos os debates orais. Isso significa, em termos de tempo e de pauta de um juiz brasileiro, um dia inteiro. É quase, senão um, júri.

Vejamos cada ato da instrução preliminar, isoladamente.

Não sem antes afirmar que com o advento da Lei nº 12.483/2011 foi criado o art. 19-A na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, isto é, a lei que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Nesse caso, o rito processual terá uma produção antecipada de prova. A lei fala em prioridade como se houvesse rapidez na prática dos atos processuais, mas em verdade o que há é uma produção antecipada da prova oral, mas todos os atos processuais deverão ser praticados, logo o que irá ocorrer é simplesmente uma inversão da ordem processual permitindo que as testemunhas sejam logo ouvidas, evitando que o tempo e a situação de perigo pelo que passam possam prejudicar a instrução criminal.

Diz o novel texto legal:

“Art. 19-A. Terão prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas de que trata esta Lei.

Parágrafo único. Qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos nesta Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.”

Todo e qualquer rito processual deverá se submeter ao art. 19-A, ou seja, após a citação o juiz procederá à oitiva das pessoas que estejam incluídas no programa de proteção, sejam elas testemunhas, vítimas ou os réus. Logo, dever-se-á observar, em todo e qualquer rito, se há ou não incidência da nova legislação, pois se houver, o rito terá

essa modificação após a citação já que, para dar prioridade, deverá o juiz ouvir logo as pessoas que se encontrarem na situação da Lei nº 9.807/1999, antes de qualquer outro ato processual, salvo se justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.

Não haverá a resposta prévia nem nenhum outro ato processual, antes da oitiva das pessoas mencionadas, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal e consequente nulidade, admitindo, inclusive, a propositura de *habeas corpus*.

A inovação, portanto, não é de economia de atos processuais a fim de tornar o rito mais célere, como a princípio possa parecer, mas sim de **produção antecipada de prova**, ou seja, todos os atos processuais terão que se realizar, mas a oitiva das testemunhas deverá se dar após a citação do réu.

Quando a lei fala em prioridade, diz na tramitação do inquérito ou do processo e não na economia de atos que pudessem abreviar o final do processo, tornando-o mais célere.

É um erro dizer que a prioridade gerará economia de atos que farão com que o processo termine mais rápido. Não. A prioridade é para que o juiz realize primeiro as audiências desses processos, ouvindo as pessoas que se encontram na situação da Lei nº 9.807/99, após a citação do réu, invertendo a ordem dos atos processuais, ou numa colocação mais técnica: produzindo antecipadamente a prova oral.

4.3.A.1 Oferecimento da denúncia (D)

Concluído o inquérito pela autoridade policial no prazo previsto em lei (cf. art. 10 do CPP), os autos vão com vista ao Ministério Público para formação da sua *opinio delicti*.

Entendendo haver fato típico, ilícito e culpável, o Ministério Público oferece denúncia, nos termos do art. 41, c/c 395 do CPP, provocando a jurisdição e instaurando o processo. O juiz determina a citação do acusado com cópia da inicial para que ele possa conhecer os termos da acusação que ora lhe é feita e oferecer sua **resposta prévia à acusação** (RPA), exercendo seu direito constitucional de ampla defesa.

Se o réu for citado pessoalmente e não comparecer, ser-lhe-á decretada a revelia, seguindo-se nos demais termos do processo, pois, como se depreende do art. 367 do CPP, o instituto da revelia (*rectius* = contumácia) não desapareceu do Código. A hipótese que se discute atualmente é do réu citado por edital que não comparece nem constitui advogado para sua defesa. Nesse caso, aplica-se a regra do art. 366 do mesmo diploma legal para os fatos que são posteriores a 17 de junho de 1996.

Afrânio ensina:

“Não baste que a denúncia impute ao réu uma conduta típica, ilícita e culpável. Isto satisfaz o aspecto formal da peça acusatória, mas para o regular exercício da ação pública se exige que os fatos ali narrados tenham alguma ressonância na prova do inquérito ou constantes das peças de informação. A acusação não pode resultar de um ato de fé ou de adivinhação do autor da ação penal.”⁴¹

A denúncia, às vezes, não descreve o fato como deveria, dando sua perfeita adequação ao mundo da vida. Ela deve fazer uma

“exposição minuciosa, não somente do fato infringente da lei, como também de todos os acontecimentos que o cercaram; não apenas de seus acidentes, mas ainda das causas, efeitos, condições, ocasião, antecedentes e consequentes, *pois para que o ato humano seja considerado bom, força é que o seja tanto no essencial quanto no accidental*. No terreno do Direito punitivo a circunstância por si só não determina a punibilidade, exatamente por não ser essencial”.⁴²

As circunstâncias em que os fatos se deram são resumidas nas seguintes expressões:

quem: refere-se à pessoa do agente, seus antecedentes e personalidade;

que coisa: diz respeito aos acidentes do evento, do acontecimento histórico;

onde: lugar em que os fatos se deram;

com que: refere-se aos instrumentos do crime;

por quê: relaciona-se com as razões do crime;

de que maneira: diz respeito à forma de execução do crime;

quando: diz respeito ao tempo em que o crime foi cometido.⁴³

A ausência de um desses elementos pode trazer a falsa percepção da realidade fática que, confrontada com o inquérito, acarreta, como consequência, a inépcia da inicial, autorizando o juiz a indeferir-la. Por isso, também, quando a recebe deve motivar sua decisão. Não há mais possibilidade, em pleno século XXI, de o juiz receber uma denúncia colocando uma *etiqueta* ou um *carimbo*. Há que se manifestar, fundamentadamente (art. 93, IX, CR), ao exercer o juízo de admissibilidade da acusação.

Trata-se, assim, mais uma vez, do garantismo penal em nome da dignidade da pessoa humana, impedindo que o cidadão seja processado sem que tenha conhecimento das razões integrais que autorizam a persecução penal, colocando em risco sua liberdade de locomoção.

Não aceitamos mais o princípio do *in dubio pro societate* como inspirador do oferecimento de denúncia quando o Promotor estiver na dúvida se oferece ou não a petição inicial e, portanto, o ato de recebimento da peça exordial deve estar lastreado pelo *fumus commissi delicti* que irá autorizar sua fundamentação.

De nada adiantaria a Constituição Federal assegurar a motivação das decisões judiciais se o magistrado pudesse receber a denúncia sem motivar sua decisão. Ou se garante ao cidadão a ciência dos motivos pelos quais o Estado-administração o está processando ou de nada vale a garantia da motivação das decisões judiciais.

“A Constituição é um documento normativo do Estado e da sociedade, representando um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Por isso, possui força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos” ⁴⁴

4.3.A.2 Resposta prévia à acusação (RPA) – art. 406, § 3º, do CPP

“§ 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito),

qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (NR)

“Art. 408. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos.” (NR)

Após a denúncia, o réu é citado, ou seja, *completa-se a formação regular do processo* (art. 363 do CPP) e fim de que ele possa exercer o contraditório que é formado pelo binômio **informação e reação**, isto é, a *ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los*.⁴⁵

A RPA é uma novidade no rito especial do Tribunal do Júri a exemplo do que já ocorre na Lei de Drogas (art 55), possibilitando ao réu, desde já, demonstrar com documentos e justificações o desacerto da acusação, bem como especificar as provas que pretende usar na instrução, permitindo ao juiz a análise de sua licitude ou não.

A defesa poderá arrolar até oito testemunhas (§ 3º do art. 406) para serem ouvidas na **AIJ** e aqui, desde já, fica uma crítica à reforma: em se tratando de réu patrocinado pela Defensoria Pública, o defensor tem contato com o réu em audiência que, segundo a lei, é a própria AIJ onde as testemunhas serão ouvidas. Ora, como o defensor va arrolar as testemunhas se sequer teve contato com o réu e não sabe quem são as pessoas que podem ser ouvidas? E mais: uma vez citado, o prazo começa a contar.

A regra do art. 306, § 1º, do CPP também não resolve o problema, ou seja, o defensor recebe apenas cópia do APF (auto de prisão em flagrante) e não o indiciado em seu gabinete para conversar e se inteirar dos fatos.

Por quê? Porque a reforma foi feita por advogados que quando têm seus clientes presos eles já estão na delegacia para dar assistência jurídica, diferente do indiciado pobre, que não tem assistência jurídica na unidade policial.

Um sistema ideal, longe ainda de ser alcançado no Brasil, seria aquele que permitisse que em um mesmo prédio, espaço físico, houvesse o fórum, a unidade policial, a defensoria pública e o Ministério Público, para quando o indivíduo fosse preso já tivesse contato com seu defensor que lhe assistiria, com o juiz que o entrevistaria sobre os fatos narrados no APF e o promotor de justiça que fiscalizaria a aplicação e execução da lei penal. Todavia, tal estrutura iria exigir que as respectivas instituições fossem unidas por um único propósito: a realização da justiça sem veleidades.

Solução: Pensamos que o juiz, quando determinar a notificação do defensor público para oferecer a resposta prévia à acusação, deverá requisitar a apresentação do preso à Defensoria Pública, no horário de expediente forense, com a finalidade do acusado se entrevistar com o defensor, devendo o oficial de justiça certificar a entrevista nos autos e, a partir daí, correr o prazo de 10 dias, contados em dobro (§ 3º do art. 406 do CPP c/c art 89, I, e art. 128, I, ambos, da Lei Complementar nº 80/1994, nos termos do art. 798, § 1º, do CPP), não se contando o dia do começo, porém incluindo-se o do vencimento.

Logo, o prazo concedido à defensoria pública será de 20 dias.

Do contrário, se assim não for feito, haverá flagrante desigualdade entre os réus que têm advogados e aqueles que são patrocinados pela defensoria pública, em verdadeira afronta ao princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*, da CR).

A lei é clara e não pode o intérprete pensar diferente: se não for oferecida resposta prévia no prazo de dez dias, ou se o acusado citado não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, isto é, a resposta prévia à acusação é obrigatória e se não for oferecida haverá flagrante violação ao direito de ampla e efetiva defesa

e, conseqüentemente, nulidade do processo. Do contrário, não haveria necessidade de a lei dizer que o juiz irá nomear defensor para oferecê-la.

“Art. 408. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos.” (NR) (grifo nosso)

Nessa peça processual, o principal para a defesa é arrolar seu número legal de testemunhas (oito – art. 406, § 3º, do CPP) e requerer as diligências que entender cabíveis, pois, não requerendo nesta fase, haverá preclusão temporal, não lhe sendo mais lícito fazê-lo. A lei não fala expressamente em “requerer diligências” nessa fase, mas é inerente ao direito de defesa que se possa fazê-lo ao oferecer a RPA.

A defesa técnica não deve, nessa peça processual, esmiuçar sua tese defensiva, mostrando ao Ministério Público sua bateria de provas, pois o ato de recebimento da denúncia já ocorreu e de nada adianta agora uma profunda contestação, salvo nos procedimentos em que se exige uma *resposta prévia à acusação*, antes de o juiz emitir o juízo de admissibilidade da demanda (cf. art. 399 do CPP) o que não ocorre no caso em tela, pois a denúncia já foi recebida.

A matéria alegada na RPA é mais processual e nem tanto de mérito, salvo um caso raro de atipicidade visível ou de total exclusão da culpabilidade.

Por força do § 4º do art. 394 (*as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código*) poderia o intérprete pensar que a regra do art. 397 do CPP, da absolvição sumária do caso penal, aplicar-se-ia também no rito do júri. Lede engano.

Perceba que no rito do júri já há julgamento antecipado do caso penal no art. 415 do CPP, onde o rol é mais extenso e a única hipótese contemplada no art. 397 que não há no art. 415 é a extinção da punibilidade que pode ser reconhecida, de ofício, pelo juiz em qualquer tempo, por se tratar de matéria de ordem pública.

Nesse sentido, **NÃO HÁ** no rito do júri outro momento em que o juiz poderá, desde logo, absolver o réu **a não ser o do art. 415 do CPP**. Até porque, a razão de ser da absolvição sumária no **rito comum ordinário** (art. 397 c/c 399, ambos do CPP) é que o juiz, depois de oferecida a resposta prévia à acusação, não tendo recebido a denúncia, poderá, conhecendo do teor da resposta prévia, adotar uma, dentre três opções:

não receber a denúncia;

absolver sumariamente o réu; ou

proferir o *despacho liminar positivo* (recebendo a denúncia) e marcando **AIJ**.

É o que pensamos diante da redação dos arts. 396 e 399.

Logo, não faz sentido esse procedimento no júri, pois já há a absolvição sumária no art. 415 do CPP. Não é sem razão que o art. 394, § 3º, exclui o júri e dá um procedimento próprio a ele.

4.3.A.3 Oitiva do Ministério Público – art. 409

No rito do júri há uma providência ímpar que não consta do rito comum ordinário: oitiva do MP após a resposta

prévia à acusação.

É possível que após a resposta prévia da defesa à acusação, o MP se convença de que a imputação penal efetivamente, não está bem lastreada nas provas do inquérito policial, sendo, inclusive, infundada, diante da documentação que a defesa juntou aos autos. Ou ainda, que aquelas preliminares sustentadas pela defesa têm realmente fundamento e, desde logo, opina favoravelmente pela procedência do pedido contido na arguição. Enfim, tudo pode acontecer, inclusive, entender que a defesa não tem razão.

Nesse sentido, entendemos que a **manifestação do MP** após a **resposta prévia da defesa** é extremamente necessária e útil ao processo; mas claro, desde que o MP exerça seu papel de órgão fiscalizador e executor da lei (art. 257, II, CPP, com redação da Lei nº 11.719/2008), deixando de lado o ranço de órgão, exclusivamente, de acusação.

Questão que vai agitar os tribunais é: os fatos cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008 serão submetidos ao rito processual da lei nova ou serão regidos pelo rito processual antigo do CPP?

A questão se resolve pela observância da natureza da norma contida na lei nova que trata do procedimento criminal: trata-se de **lei processual penal material prejudicial ao réu**, ou seja, a adoção dos *princípios da concentração e da imediatidade* com a realização de audiência una em que todos os atos serão realizados, teoricamente, em um único dia, prejudica o réu, que tinha antes mais tempo para preparar sua defesa.

Na medida em que há o encurtamento do rito, concentrando os atos em uma única audiência, o réu tem prejuízo com a lei nova, que não poderá regular o seu caso penal por ser prejudicial.

Nem se tente montar um terceiro rito, ou seja, extrair o que é bom da lei nova (o interrogatório ser feito após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa) e montar no rito antigo a fim de que se dê ao réu maior oportunidade de defesa. Isso é inadmissível. Não se faz combinação de duas leis para se obter uma terceira.

Destarte, entendemos que o rito processual penal da Lei nº 11.689/2008 somente será aplicado aos fatos que forem cometidos após a sua entrada em vigor e, conseqüentemente, os fatos que são anteriores à sua vigência serão disciplinados pelo rito bifásico antigo do CPP (arts. 394 *usque* 497).

Basta imaginar a seguinte situação, comum no cenário político e social brasileiro: um grave e covarde crime de homicídio é cometido. A imprensa do mundo todo se volta para o Brasil noticiando o fato. A repercussão é extremamente negativa. O turismo sofre com o fato. Investidores financeiros internacionais recuam diante da notícia de violência urbana no País. As autoridades confusas não sabem o que dizer em suas entrevistas. O autor foi preso e confessa o brutal assassinato diante das câmeras de TV. O cenário está pronto. O Congresso Nacional reage e resolve mudar a lei.

O rito processual é aquele que está no CPP antes de a Lei nº 11.689/2008 entrar em vigor (**D – I – DP – PA – PD – ALF – P – LIBELO – CONTRARIEDADE – SESSÃO DE JULGAMENTO – RELATÓRIO – LEITURA DE PEÇAS – PA – PD – DEBATE – DECISUM DOS JURADOS**) que, normalmente, dura, com recurso da decisão de pronúncia e HC impetrados, três a quatro anos, dependendo de cada Estado, às vezes até mais.

Pois bem. Diante do clamor público, o Congresso Nacional publica lei nova e o Presidente da República sanciona: encurta o rito diminuindo prazos, tanto de acusação como de defesa, e suprime recursos e diminui o procedimento recursal dos que permanecem, ou seja, com essa modificação legislativa os homicídios poderão ser julgados em até 90 dias, diz a lei. Pergunta-se: é possível aplicar essa lei nova aos fatos que lhe são anteriores?

Claro que não. É visível o prejuízo do réu e a instabilidade jurídica criada pelo casuísmo.

O princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL) é a baliza que separa o Estado autoritário, fascista, casuístico do Estado Democrático de Direito. É o espaço político social de consenso dentro do qual o cidadão encontra guarida.

Se o Estado quer endurecer o sistema penal como um todo, que o faça, mas respeitando os limites estabelecidos na Constituição da República, sob pena de se dar um duro golpe na democracia estabelecendo a ditadura do legislador.

Essa é a razão pela qual na vigência de um Estado Democrático de Direito se estabelecem garantias constitucionais e delas não abrimos mão, sob pena de pagarmos caro, primeiro, com a liberdade do outro, depois, em breve, com a nossa.

Por isso que a *teoria dos corpos sucessivos*, de Warat, se aplica à hipótese: *a defesa dos direitos do outro constitui a defesa dos meus direitos. O outro me constitui, eu sou o outro, logo, o outro sou eu. Defender seus direitos é defender nossos direitos.*

A democracia tem um alto custo, um preço inflacionado que devemos pagar para vivermos nela, mas vale a pena. Não há a menor condição de se avançar rumo à consolidação da democracia sem o respeito às liberdades públicas. **Obs.:** Com a notícia dos *Jogos Olímpicos* de 2008 de Pequim, tomamos conhecimento de que o Presidente da República **Hu Jintao** deu sua primeira entrevista coletiva, em cinco anos de poder, no Grande Salão do Povo, na Praça da Paz Celestial, evitando falar de temas como: *repressão no Tibete*, *a censura a sites da Internet* e *as violações aos direitos humanos*, além do cerceamento de outras liberdades públicas no País. A China é um País comunista e adota a pena de morte, sendo que o Estado cobra da família a bala que mata seu ente querido. O ritual da execução sumária dura uma semana.

Talvez seja isso que se queira para o Brasil quando negam o respeito aos direitos e garantias fundamentais, mas aqui façamos um registro honesto: É porque o réu não é um de nós, nem muito menos nosso filho. Nesse campo, temos que ser inflexíveis, seja quem for o réu, pobre ou rico, não importa.

4.3.A.4 *Despacho de mero expediente – art. 410*

“Art. 410. O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias.” (NR)

Após a manifestação do MP o juiz profere um despacho de mero expediente determinando a realização da Audiência de Instrução e Julgamento com a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas, no prazo máximo de dez dias. Esse prazo somente será possível se as diligências a serem realizadas forem cumpridas dentro dele, pois do contrário deverá o juiz adiar a AIJ a fim de cumprir com o requerido pelas partes.

Tratando-se de despacho de mero expediente, é irrecorrível, pois a matéria nele veiculada não preclui, podendo ser arguida quando da prolação da sentença.

4.3.A.5 *Audiência de Instrução e Julgamento – art. 411*

AIJ:

prova de acusação
prova de defesa
esclarecimentos dos peritos, se houver
interrogatório do acusado
alegações finais orais
*decisão de **pronúncia** (se for o caso)*

4.3.A.5.1 Prova de acusação

Nessa audiência são ouvidas as testemunhas *arroladas na denúncia*, que nem sempre são provas de acusação, podendo ser de defesa. Não é difícil uma testemunha do Ministério Público inocentar o réu com seu depoimento.

Os princípios que regem essa audiência são os da **concentração**, da **oralidade**, da **imediatez** e da **identidade física do juiz**.

Observa-se que, em nome dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público devem ser ouvidas antes das de defesa, sob pena de haver inversão processual e cerceamento de defesa, acarretando, assim, a nulidade do ato processual.

A intenção era de que em um dia fossem ouvidas todas as testemunhas, mas a realidade é bem diferente. É comum uma testemunha faltar, seja por qual motivo for e, nesse caso, sendo testemunhas do MP, o juiz não poderá ouvir as testemunhas de defesa antes das de acusação, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa, salvo concordância da defesa.

A lei é clara no art. 411: *à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, **nesta ordem***. Logo, o que acontecerá quando, presentes as testemunhas do MP e da defesa, estiverem faltando duas de MP e o promotor quiser ouvi-las? O juiz terá que ouvir as que estiverem presentes e adiar a oitiva das demais para não ofender o contraditório. Outra data será designada para a oitiva das testemunhas restantes. Enquanto as testemunhas de acusação não forem ouvidas, as de defesa não poderão sê-lo.

Sem contar que a pauta dos juízes brasileiros não permite que se faça uma única audiência por dia, de um único processo. Imagine as partes (MP e defesa) arrolarem cada uma oito testemunhas, sendo dois os réus (às vezes até mais), cada um poderá arrolar até oito testemunhas cada um, ou seja, em um dia serão, teoricamente, ouvidas mais de 20 pessoas. Impossível o juiz realizar mais de uma audiência com esse número de testemunhas e réus de um único processo. É bem verdade que em alguns pequenos casos isso será possível, mas em muito poucos.

Sem contar o disposto no art. 265, § 1º, do CPP:

“§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.”

Ora, a defesa irá alegar um problema de saúde e pedir o adiamento da audiência, bastando para tal juntar um atestado médico. Ou ainda, um compromisso profissional em outro estado, juntando a passagem aérea ou qualquer outro documento que comprove o alegado. Enfim, não faltarão meios de se adiar uma audiência que o legislador “quis porque quis fazer no mesmo dia”.

A reforma acreditou que isso fosse ser possível. Enfim. Continuando...

O que fazer com os fatos cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008?

Duas correntes.

A primeira entende que o rito da lei nova é prejudicial ao réu por concentrar todos os atos em uma só audiência, diminuindo a oportunidade de defesa do acusado, sendo, portanto, matéria de direito processual penal material: ampla defesa. Logo, os fatos anteriores à vigência da lei nova não sofreriam incidência do novo rito. Nesse caso, aplicar-se-ia a regra do art. 5º, XL, da CR: irretroatividade da lei penal mais severa. Essa é a nossa posição.

A segunda corrente entende que se aplica a lei nova imediatamente, pois se o juiz já interrogou o réu antes do dia 9 de agosto de 2008, data em que a Lei nº 11.689/2008 entrou em vigor, deverá determinar data para a realização da AIJ com a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, dando ao réu oportunidade de ser reinterrogado, se a defesa quiser. Se o juiz já interrogou e já realizou a oitiva das testemunhas de acusação antes da entrada em vigor da lei, deverá determinar data para a realização da AIJ com a oitiva das testemunhas de defesa, dando ao réu oportunidade de ser reinterrogado. Em outras palavras, aplica-se, imediatamente, a lei processual penal nova, transformando o ato a ser praticado, de acordo com o que diz a lei. Para essa segunda corrente a lei nova incide, desde logo, nos atos a serem realizados, sob sua vigência, independentemente de ser ou não mais severa, pois leva-se em consideração o art. 2º do CPP.

A segunda corrente não trabalha com o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL, CR), e sim, apenas, com o princípio da imediatidade da lei processual penal (art. 2º, CPP).

4.3.A.5.1.A Sistema presidencialista

“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.

Parágrafo único. Sobre os **pontos não esclarecidos**, o juiz poderá **complementar a inquirição.**” (NR) (*grifo nosso*)

Outra novidade na tomada de depoimento das testemunhas é o respeito ao princípio acusatório, ou seja, o juiz não exerce mais o **sistema presidencialista** na tomada dos depoimentos. As partes, direta e pessoalmente, é que farão perguntas às testemunhas, preservando a imparcialidade do magistrado.

Em um processo penal democrático, banhado pelo sistema acusatório, o juiz deve ser afastado da colheita de provas, deixando tal tarefa às partes. Se sistema é o todo e não uma parte, não pode o processo ter momentos em que seus atos serão à luz da estrutura acusatória e outros à luz de uma estrutura inquisitória. Isso não é sistema. Logo, em audiência não poderia ser diferente.

Sistema acusatório não é apenas o MP promover, privativamente, a ação penal pública, mas sim a necessidade que se busca no processo (por isso sistema) de se afastar o juiz da persecução penal, mantendo sua imparcialidade e retirando de suas mãos a **gestão da prova**.

Será difícil os magistrados brasileiros se curvarem à nova maneira de agir e pensar o processo penal, afinal são mais de 60 anos fazendo dessa forma. Contudo, o desafio será exatamente esse: olhar o novo (Lei nº 11.690/2008) com os olhos do novo e não com os olhos do velho (CPP, de 1941).

A colheita de depoimento pelo juiz passou a ter uma *função supletiva*, ou seja, se ele entender que há algum ponto não esclarecido poderá complementar a inquirição, mas note-se bem: é sobre **pontos não esclarecidos**, ou seja, algo relevante ao julgamento do caso penal que envolve aquele depoimento. Trata-se de ponto substancial e não accidental do depoimento.

Óbvio, nos parece, que as partes, em primeiro lugar, iniciam as perguntas para, só depois, o juiz fazer as perguntas que entender cabíveis, em função supletiva. Para evitar a contaminação do juiz, devem as partes ditarem, diretamente, ao secretário que estiver digitando os depoimentos o que está sendo dito pelas testemunhas, sem passar pelo juiz.

É cediço, em alguns casos, que são feitas perguntas que nada têm a ver com o mérito da acusação, e tais devem ser evitadas até para que se possa cumprir, ou tentar cumprir, com a unicidade da audiência, ou seja, realizar a audiência em um único dia.

Diferente do que se possa pensar, isso em nada diminui o papel da magistratura na audiência, muito pelo contrário. O juiz exercerá o papel de garantidor dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Se o advogado ou o promotor exercer pressão sobre a testemunha ameaçando ou coagindo-a, caberá ao juiz intervir e estabelecer a ordem.

Por sua vez, o Ministério Público terá que se amoldar à nova lei, isto é, o promotor terá que (re)aprender a fazer perguntas, se inteirando de todo o processo, quando da audiência, a fim de que possa perguntar dados importantes às testemunhas. Até então, o MP, sentado ao lado direito do juiz na audiência (art. 41, XI, da Lei nº 8.625/1993), ouvia o juiz fazer as perguntas e depois fazia aquelas que entendia necessárias, mas as principais eram feitas pelo juiz e o MP complementava, quando o fazia.

O juiz inquisidor terá que mudar seu comportamento e se amoldar à nova estrutura de processo penal em que a imparcialidade será o princípio *mor* a ser respeitado em audiência.

Tal regra se aplica por inteiro ao Tribunal do Júri, isto é, as partes se dirigem diretamente às testemunhas para inquiri-las, não havendo mais o sistema presidencialista. Portanto, seja na primeira fase (juízo de admissibilidade – art. 212), seja na segunda (juízo de mérito – art. 473), as partes irão se dirigir diretamente às testemunhas.

4.3.A.5.1.B Depoimento da testemunha e o réu assisti-lo por videoconferência

Outra novidade que se tornará letra morta é a possibilidade da oitiva de testemunha e o réu assisti-lo por videoconferência, no fórum, quando houver real situação de humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, salvo a impossibilidade da videoconferência, quando então o réu será retirado da audiência. Isso é o que vai acabar acontecendo.

O legislador acha que o Brasil se resume a Rio de Janeiro e São Paulo e mesmo assim, capital. Não. São 5.56 municípios (dados de 2002) distribuídos entre 8.514.876,599 km² (dados de 20 de julho de 2008). Há lugares em que o fórum é numa casa velha, caindo aos pedaços. Imagina se o juiz vai ter uma sala de videoconferência? Já tem que se dar por satisfeito em ter uma sala e uma cadeira para ele sentar.

Enfim... o réu será, como sempre foi, retirado da audiência.

Contudo, não vemos óbice constitucional em se ouvir a testemunha por videoconferência, diferente do interrogatório, em que somos totalmente contrários.

N.B.: Quem assiste ao depoimento por videoconferência é o réu, não a testemunha. Ela presta depoimento perante o juiz. O réu assiste, de uma sala do próprio fórum ou de qualquer outro ambiente saudável, ao lado do seu advogado, a testemunha depor para que possa, se for o caso, orientá-lo quanto às perguntas.

“Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.” (NR) (grifo nosso)

4.3.A.5.2 Prova de defesa (PD)

Feita a oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, passa-se, imediatamente, à oitiva das testemunhas de defesa, onde são feitas as mesmas observações acima. O número legal de testemunhas que podem ser arroladas é de oito, por força do art. 401 do CPP, excetuando as que não prestam compromisso legal e as testemunhas ditas referidas.

O Código excepciona do compromisso de dizer a verdade o 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, bem como os doentes e deficientes mentais e os menores de 14 anos. Logo, poderá a parte arrolar dez testemunhas, sendo oito que prestam o compromisso e mais o pai e a mãe da vítima (ou do acusado), por exemplo. Ou ainda, mais duas (ou mais pessoas) pessoas (além das oito) que tenham sido referidas nos depoimentos, por exemplo.

É comum a testemunha compromissada que presta depoimento dizer que ela, em si, nada sabe, mas *o João da banca de jornal ao lado onde o fato se deu, sabe. Foi ele quem me contou*. O João é o que se chama de testemunha referida e poderá ser intimado a depor.

As partes podem desistir das testemunhas arroladas, ou seja, abre-se uma exceção ao princípio da comunhão da prova testemunhal, no processo penal (§ 2º do art. 401).

Se uma testemunha de defesa for ouvida antes das testemunhas de acusação, haverá flagrante nulidade por violação do contraditório e da ampla defesa, salvo se houver plena concordância da defesa técnica.

Se for ouvida alguma testemunha de defesa por precatória, o ato somente poderá ocorrer após a realização da oitiva das testemunhas de acusação, sob pena de se inverter a ordem da AIJ, que agora é expressa: “nessa ordem” (art. 400) e, consequentemente, cercear o direito de ampla defesa e o contraditório.

4.3.A.5.3 Esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas

É permitido às partes requererem ao juiz esclarecimentos dos peritos sobre os laudos, bem como as acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas. Em se tratando de laudo, uma observação, desde logo, deve ser feita: em regra, o MP oferece denúncia sem o laudo, comprovando a materialidade, em especial quando há flagrante delito,

pois não há tempo hábil de se juntar aos autos do inquérito policial o laudo, respectivo.

Nesse sentido, a AIJ não poderá ser designada pelo juiz sem que haja a comprovação da materialidade, até porque as partes, sem o laudo nos autos, não poderão pedir quaisquer esclarecimentos. Isso vai exigir do MP uma nova postura no sentido de buscar agilizar, o máximo possível, os laudos respectivos a fim de que, quando da AIJ, o processo esteja informado e instruído.

Ademais, os quesitos ou questões a serem esclarecidas pelos peritos devem ser encaminhados com antecedência mínima de dez dias da AIJ (art. 159, § 5º, I, c/c art. 411, § 1º, CPP). Logo, AIJ somente se houver laudo para que possam as partes pedir esclarecimentos aos peritos. Não se trata de uma petição pedindo esclarecimentos ao perito, mas sim de sua oitiva em audiência, que é, extremamente, desnecessária.

Há que se registrar que as partes, se requererem diligências e forem deferidas, levarão o processo a ter memoriais, dando tempo suficiente para que os esclarecimentos possam ser dados pelos peritos, por escrito, evitando-se, assim, eventuais excessos de prazo.

4.3.A.5.3.1 Assistente técnico na perícia

Outra novidade que ingressa no processo penal é a nomeação de assistente técnico indicado, facultativamente, pelo Ministério Público, pelo assistente de acusação, pelo ofendido, pelo querelante e pelo acusado.

Imagine o que não fará um réu com uma boa situação financeira que pode contratar um bom perito particular para discutir o laudo que foi feito com isenção e seriedade por um perito oficial? É a privatização e a mercantilização da prova no processo penal. Estão pensando que o processo penal é o civil que trata, em regra, de direitos disponíveis.

“Art. 159.

[...]

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abrangia mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.” (NR) (grifo

nosso)

O assistente técnico não faz o laudo junto com o perito nem intervém na feitura deste, pois apenas ingressa nos autos do processo após a elaboração do laudo pelos peritos oficiais.

As partes poderão ouvir os peritos em juízo a fim de que eles esclareçam a prova ou para responderem a quesitos. Nada mais equivocado. Os peritos já fizeram o laudo e, se as partes têm alguma dúvida, pedem esclarecimentos do laudo, com antecedência mínima de dez dias. O esclarecimento é do laudo e deveria ser feito no instituto de criminalística, por escrito em outro laudo, não em juízo.

A oitiva de peritos em audiência vai retardar mais ainda as perícias e, conseqüentemente, as audiências e, óbvio, os processos. Imagina o perito sair do seu local de trabalho para ir ao fórum ficar esperando as audiências, enquanto podia estar trabalhando. O quadro de funcionário, em regra, já é deficitário, assim então ficará pior. No júri isso vai ser uma diversão da defesa para desacreditar o laudo e, conseqüentemente, a prova do MP, na frente dos jurados. Tratando-se de juízes leigos que vão ouvir um perito contratado dizer que o perito oficial está errado etc. É o particular se sobrepondo ao público.

Os esclarecimentos dos peritos devem ser possíveis sim, mas não com sua oitiva em audiência. Afinal, o trabalho do perito é técnico. A lei nesse ponto deu um péssimo passo.

Não será admitido o ingresso de assistente técnico na fase de inquérito policial, já que a lei é clara que a indicação de assistente técnico somente se dará **no curso de processo judicial**.

Se o Estado tem perito oficial, concursado, que trabalha de forma isenta e séria, não há razão para se admitir assistente técnico no processo penal a não ser para tumultuar o processo e procrastiná-lo. Terá sido essa a intenção? É mais uma vez o primo pobre (processo penal) pedindo esmola (assistente técnico) ao primo rico (processo civil).

4.3.A.5.3.2 Acareação

Acareação (ou acaroar) é o confronto cara a cara visando a elucidar eventuais divergências que possam existir entre os depoimentos. Não se trata apenas de visões e ideias diferentes sobre o mesmo fato, mas sim de divergência manifesta sobre o fato.

Tourinho Filho ensina:

“Acareação consiste em colocar duas ou mais pessoas (réus, vítimas, testemunhas), cujos depoimentos sejam conflitantes, em presença uma da outra – cara a cara – para que expliquem as divergências.⁴⁶

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre atos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.” (*grifo nosso*)

Qual a natureza jurídica da acareação?

A acareação não é meio de prova, em si, mas *ato instrutório informativo*, destinado a robustecer o pressuposto e a avaliara credibilidade de um elemento de prova.⁴⁷

A prova é o testemunho em si, a acareação é o contraste da prova. É o elemento para avaliá-la. É o instrumento colocado à disposição do juiz para que ele possa solucionar as divergências que o meio de prova apresentam.

Quais os requisitos da acareação?

Dois são os requisitos:

anteriores declarações divergentes; e
pontos relevantes dos depoimentos.

Não se faz acareação (confronto cara a cara) com pessoas que ainda vão depor, muito menos se as declarações são uníssonas. No mesmo sentido, não se faz acareação se o ponto a ser esclarecido não for importante e relevante ao processo.

Perceba que a acareação não é a reinquirição da testemunha ou o reinterrogatório do acusado, por exemplo, mas sim a explicação que prestam sobre pontos de divergências em seus depoimentos. O juiz, ao proceder à acareação, vai direto ao ponto de divergência entre os depoimentos, não sendo necessário que as testemunhas prestem novo compromisso de dizer a verdade, pois já o fizeram quando do depoimento anterior.

Se forem testemunhas e na acareação descobrirmos que faltaram com a verdade, responderão por falso testemunho, porque quando depuseram, no primeiro depoimento, prestaram o compromisso legal.

Os acareados, alertados pelo juiz, debatem entre si os pontos de divergências, devendo o juiz evitar que haja, entre eles, qualquer alteração de comportamento, durante a audiência.

4.3.A.5.3.3 Reconhecimento de pessoas e coisas

O reconhecimento de pessoas e coisas é o *ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu (ouviu, palpou – que lhe caiu sobre os sentidos), que conhece*.⁴⁸

A natureza jurídica do reconhecimento é a mesma da acareação: *ato instrutório informativo*.

O reconhecimento deve ser feito sempre com outras pessoas e não, unicamente, com o acusado, apontando-o a vítima, por exemplo.

Há um procedimento a ser adotado, previsto no art. 226:

Descrição prévia. Primeiro *a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrevera pessoa que deva ser reconhecida*, ou seja, se a testemunha vai reconhecer o possível autor do fato, deverá descrever como ele é, fisicamente;

Indicação do reconhecendo. *A pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la*. Não se admite o reconhecimento se a pessoa a ser reconhecida estiver sozinha sem que haja outras ao

seu lado e com um detalhe importante: as outras devem ter com o reconhecendo certa semelhança física. Não dá para fazer reconhecimento (e não cumpriríamos com a lei se o fizéssemos) quando a pessoa a ser reconhecida é alopecica (vulgarmente chamada de careca) e as outras que ficarão ao seu lado tenham cabelos.

Ocultação. *Se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela.* Pode acontecer que a pessoa que irá fazer o reconhecimento tenha medo de sofrer represálias e por isso possa prejudicar o ato de reconhecimento. Nesse caso, a autoridade providenciará para que o reconhecendo não veja o reconhecedor. Faz-se o reconhecimento na chamada “**sala de manjamento**” (uma sala espelhada onde quem está do lado de dentro não vê quem está do lado de fora. De dentro para fora trata-se de um espelho).

Sem uma razão plausível, o legislador não permite que se faça tal reconhecimento quando na fase de instrução criminal, ou em plenário de julgamento, o que, por si só, prejudica o julgamento (parágrafo único do art. 226).

O mesmo procedimento dito acima se aplica em se tratando de reconhecimento de coisas, *in verbis*:

“Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.”

4.3.A.5.4 Interrogatório do acusado

O interrogatório, no rito processual especial do Tribunal do Júri, que estamos estudando, não é mais o primeiro ato da instrução criminal, como era, em verdadeiro prejuízo ao exercício do direito de defesa.

O interrogatório, de acordo com a Lei nº 11.689/2008, passa a ser um verdadeiro meio de defesa, pois o réu é ouvido após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa e eventual esclarecimentos dos peritos. O ideal seria a lei silenciar o juiz também durante a oitiva do réu nessa primeira fase do procedimento, como o faz em plenário, deixando que as partes fizessem as perguntas diretamente a ele, *in verbis*:

“Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§ 1º O Ministério Público o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.” (*grifo nosso*)

Contudo, de acordo com a Lei nº 10.792/2003, que deu nova redação ao art. 188, as partes serão indagadas pelo juiz, se restou algum fato para ser esclarecido. A lei foi tímida, mas já deu um grande passo. Diz *in verbis*:

“Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.” (NR)

Trata-se de providência de suma importância, dentro da estrutura acusatória do processo penal, onde quanto menos houver intervenção do juiz maior será a garantia da sua imparcialidade. Não temos dúvidas em afirmar que de acordo com o novo texto legal (art. 188), tanto o MP quanto a defesa técnica poderão fazer perguntas e o juiz as

repassará ao réu, se entender que são pertinentes e relevantes. Em outras palavras: o contraditório foi trazido para dentro do interrogatório sem alterar-lhe sua natureza jurídica como meio de defesa. Até porque, agora, ele é realizado depois da oitiva das testemunhas, possibilitando ao réu, efetivamente, se defender.

Até aqui não há diferença do que ocorre com a oitiva de testemunhas, pois quando o juiz entende que a pergunta formulada pela parte é impertinente ou irrelevante, a indefere, fazendo constar na assentada a pergunta a fim de futura e eventual arguição de nulidade.

O interrogatório, nessa primeira fase do júri, lamentavelmente, continua sendo realizado pelo juiz (característica da *judicialidade*) e se processa da mesma forma que determinam os arts. 187 e seguintes do CPP.

Pensamos que, em nome da estrutura acusatória do processo penal, o interrogatório deveria ser feito pelo MP e pela defesa nos mesmos moldes do que já se faz com a oitiva das testemunhas, como vimos acima, ficando o juiz apenas como guardião dos direitos e garantias individuais, alertando o acusado de que determinadas perguntas não devem ser respondidas por ferirem seus direitos constitucionais e, claro, “policiando” o MP e eventual assistente de acusação a fim de evitar que constriam o réu em audiência.

Se assim fosse, a imparcialidade do juiz ficaria mais preservada. Todavia, tal avanço é demais para a cabeça de determinados operadores jurídicos, que vão precisar de mais alguns anos até que uma nova lei diga o que já é inerente ao sistema acusatório. Eles ainda trabalham com o CPP de 1941, ou seja, olham o novo(CRFB) com os olhos do velho. Vamos aguardar.

Na Lei nº 11.689/2008, que reestruturou o Tribunal do Júri, as partes fazem as perguntas diretamente ao réu durante o interrogatório (art. 474, § 1º, CPP), porém na Lei nº 11.719/2008, que reestruturou os procedimentos comum e especial, nada se fala em relação ao juízo singular, nos parecendo que deixou tudo como está, isto é, persiste, no juízo singular, o sistema presidencialista, durante o interrogatório.

Claro que a reforma parcial andou mal nesse sentido. Deveria ser uniforme quanto ao interrogatório, isto é, seja no juízo comum singular, seja no juízo comum do Tribunal do Júri e, neste, independentemente da fase, as partes deveriam se dirigir diretamente ao réu para interrogá-lo.

4.3.A.5.4.1 Interrogatório por precatória

Se o réu for interrogado por precatória por residir fora da comarca do local dos fatos, seu interrogatório somente poderá ser realizado após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa que, agora, ocorre na AIJ. Se por alguma razão o réu for interrogado antes da oitiva das testemunhas, ou seja, antes da AIJ, haverá cerceamento de defesa (cf. art. 411, CPP).

O juízo deprecante deverá remeter ao juízo deprecado cópias dos depoimentos prestados na AIJ, pois se o interrogatório é realizado após a oitiva das testemunhas exatamente para que o réu possa exercer sua defesa, é óbvio que ele terá que receber cópia dos depoimentos para inteiro teor do que contra e a favor dele foi dito. E vejam: somente após o interrogatório e sua juntada aos autos é que as partes poderão ofertar seus memoriais, pois na altura dos acontecimentos já não mais será possível o *debate* (leia-se manifestação oral), como quer a lei (art. 411).

4.3.A.5.4.2 Interrogatório e a palavra às partes

O entendimento que está surgindo na prática forense de que *o juiz não dá a palavra ao MP e à Defesa, mas sim apenas indaga se restou algum fato a ser esclarecido*, é equivocado. Como as partes vão dizer que querem certo esclarecimento, sobre algum fato, se não o fizerem através de uma pergunta? Como não usar a linguagem para pedir esclarecimentos? É óbvio, e não poderia ser diferente, que as partes vão formular perguntas (PARA ESCLARECER FATO RELEVANTE) quando assim entenderem necessário às suas teses.

Até porque, se observarmos a lei, o interrogatório é dividido em duas partes, sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos (art. 187 do CPP), e o juiz deve perguntar ao réu somente sobre os fatos e, conseqüentemente, o que foi relevante. Juiz que tem objetividade no interrogatório não pergunta ao réu aquilo que não é inerente e relevante ao fato, logo, as partes não podem fazer indagações sobre algo que não seja capital, mas podem fazer perguntas.

A linguagem é inerente ao homem e não é possível pedir esclarecimentos sobre fatos se não for através de perguntas.

Diz Heidegger:

“A linguagem pertence, em todo caso, à vizinhança mais próxima do humano. A linguagem encontra-se por toda parte. Não é, portanto, de admirar que, tão logo o homem faça uma ideia do que se acha ao seu redor, ele encontre imediatamente também a linguagem, de maneira a determiná-la numa perspectiva condizente com o que a partir dela se mostra.”⁴⁹

Alguns juízes têm adotado o seguinte procedimento quando abrem às partes a oportunidade de pedirem esclarecimentos sobre fato relevante, qual seja: o juiz, depois de interrogar o réu, passa a palavra, primeiro, à DEFESA, e depois, ao MP, ou seja, a acusação fala por último, em verdadeiro cerceamento ao direito de defesa. A justificativa é que o interrogatório é um meio de defesa e, assim sendo, deve a defesa, da mesma forma que se faz quando da oitiva das testemunhas de defesa, falar primeiro. Errado. A analogia é imprópria. Se o acusado está ali para se defender das acusações que lhe são feitas, e QUEM AS FAZ É O MP, deve este falar, em primeiro lugar, depois, a defesa técnica perguntar defendendo o acusado. A inversão da ordem acarreta cerceamento ao direito de defesa e, conseqüentemente, nulidade do ato.

Tal prática não tem sido rechaçada pela defesa que, inclusive, concorda com a inversão da ordem durante a audiência. Nesse sentido, não poderá arguir a nulidade do ato por causa do princípio do interesse (art. 565 do CPP).

4.3.A.5.4.3 Interrogatório já realizado e vigência da Lei nº 11.689/2008. O que fazer?

Questão que pode surgir é: realizado o interrogatório com base no rito antigo (antes da Lei nº 11.689/2008), se a instrução estiver marcada para após 9 de agosto de 2008, quando a lei entrou em vigor, o que fazer? A oitiva das testemunhas deverá ser realizada nos limites do art. 411 do CPP, o que, conseqüentemente, autoriza que o réu seja reinterrogado, dando-lhe a oportunidade que a lei nova impôs de se defender. Se o interrogatório é meio de defesa, não poderá ser subtraída do réu essa oportunidade. Claro que aqui estamos trabalhando com a ideia de que haverá adoção, por completo, do novo rito com a entrada em vigor da lei.

O juiz transformará as antigas prova de acusação e prova de defesa, que eram feitas em datas distintas, em AIJ, isto é, todas as testemunhas serão ouvidas num só ato e, conseqüentemente, o réu deverá ser ouvido logo após

para exercer seu direito de defesa de acordo com a nova lei.

4.3.A.5.4.4 Interrogatório e sua natureza jurídica e a presença obrigatória do N e da defesa técnica

O interrogatório trata-se de ato *personalíssimo* (outra característica), pois somente o próprio réu pode ser interrogado, não sendo admissível qualquer representação. Tem a natureza jurídica de um meio de defesa, pois é dado ao acusado o direito constitucional de permanecer calado, sem que o silêncio acarrete-lhe prejuízos, pois o parágrafo único do art. 186 do CPP veda expressamente aquilo que a CRFB já fazia, mas precisava de uma lei para dar efetividade à Constituição, o que, por si só, caracteriza um absurdo incomensurável. Ademais, o interrogatório agora é realizado depois da oitiva das testemunhas, isto é, como instrumento de defesa. Não há mais dúvida. E mais não poderá o juiz retirar o réu da audiência durante a oitiva das testemunhas de acusação, como já foi feito.

No Brasil é assim: precisa de uma lei para fazer valer a Constituição. Veja o que já dizíamos, em edições anteriores, antes da Lei nº 10.792/2003: *Nesse caso, advogamos a tese de que a parte final do art. 186 do CPP está revogada, não sendo mais lícito ao juiz advertir o réu na forma prevista no mencionado artigo, sob pena de nulidade, em verdadeira afronta à regra constitucional que garante ao réu o direito de permanecer calado.*

A possibilidade de as partes intervirem no interrogatório (contraditório) não elimina sua natureza jurídica de meio de defesa, como já dissemos, ou seja, continua o réu podendo se reservar o direito de não responder, não só a todas as perguntas que forem formuladas, mas a apenas algumas, em especial aquelas formuladas pela acusação. As consequências de sua negativa, perante o Conselho de sentença no júri, por exemplo, é um ônus seu, já que, lamentavelmente, o júri brasileiro ainda trabalha com a íntima convicção. De nada adianta o art. 478, II, proibir que o silêncio seja usado pelo MP, pois se os jurados entenderem que o réu se calou porque “*tem culpa no cartório*”, poderão condená-lo e ninguém saberá o motivo.

O direito ao silêncio permite ao réu responder a algumas perguntas do juiz, mas não a outras que entende que não deva fazê-lo, ou seja, ele pode exercer o direito em relação apenas a algumas perguntas (ou a todas, se quiser).

O interrogatório é uma autodefesa, pois é o próprio acusado que se defende da imputação do fato narrado na denúncia. É também chamado de defesa material, pois, no interrogatório, o acusado rechaça a violação ao direito material narrado na denúncia. Entretanto, trata-se de ato processual necessário, porém, não é imprescindível à validade da relação jurídico-processual, pois, se for citado e não comparecer, o réu responde o processo à revelia.

Nesse sentido, necessária e imprescindível é sua citação para comparecer em juízo, a fim de responder à acusação, sob pena de nulidade, mas não o interrogatório, pois, do contrário, não haveria processo penal contra o revel. Se for citado e não responder ao chamado judicial, não há que se falar em nulidade (cf. art. 564, III, *e*, do CPP).

Em uma visão garantista do processo penal, entendemos que, não obstante o interrogatório ser ato presidido pelo juiz, com intervenção das partes, o Ministério Público deve estar presente ao ato, a fim de evitar ofensa aos direitos e garantias individuais, defendendo a ordem jurídica e protegendo o réu das possíveis investidas inquisidoras do juiz. Ou exigindo respeito às regras básicas para o desenvolvimento de um processo penal justo. Isso pode evitar que haja alguma nulidade e, conseqüentemente, o processo venha a ser anulado em instâncias superiores. O promotor de justiça (ou procurador da República) que assim trabalhar evita trabalhar duas vezes pelo mesmo fato.

Antes da Lei nº 10.792/2003 afirmávamos que o MP tinha que estar presente obrigatoriamente ao ato de interrogatório com base na CRFB. Agora, é intuitiva sua presença com base na lei, ou seja, mais uma vez a CRFB será cumprida porque a lei ordinária determina, só no Brasil.

Agora, diante da AIJ criada pela Lei nº 11.689/2008, não há mais dúvida: o MP tem que estar presente ao interrogatório.

O problema é que diziam que a lei, em nenhum artigo, dizia que o MP devia estar presente ao ato, ou seja, não percebiam que tal exigência se depreendia do art. 127 da CRFB. O réu não podia ser interrogado sem a presença do exercício da defesa técnica, o que significa dizer: antes de ser interrogado, devia entrevistar-se com seu defensor a fim de ser orientado quanto ao seu depoimento, sendo indispensável ao ato a presença do mesmo, sob pena de nulidade.

Isso já dizíamos com base na CRFB e no Pacto de São José da Costa Rica, agora está previsto na lei ordinária (cf. art. 185, § 2º, do CPP). Agora, o art. 411 do CPP, ao criar a AIJ, é intuitivo.

Trata-se de orientação, prévia, ao réu, de como comportar-se diante dos fatos que lhe são imputados pelo Ministério Público e que serão perguntados pelo juiz. Interrogatório realizado sem que antes o acusado tenha se entrevistado com a defesa técnica é interrogatório inquisidor, realizado por juiz inspirado pela época em que o Código foi feito, na Era Vargas, durante a ditadura.

A Lei nº 11.689/2008, que adota o rito que estamos estudando, cria esse problema que já vimos quando falamos da resposta prévia. O réu chega à **AIJ** (em que estamos estudando cada ato, de per si) e deverá já, anteriormente, ter se entrevistado com seu defensor. Do contrário, o juiz não pode iniciar a **AIJ** sem que isso ocorra, pois o defensor precisa se inteirar dos fatos para que possa fazer perguntas às testemunhas.

4.3.A.5.4.5 Interrogatório e a presença do advogado do corréu revel: pode fazer perguntas ao réu presente?

Questão que também tem trazido tormento é o caso do corréu no interrogatório.

Imagine que nossos famosos meliantes Tício, Caio e Mévio estão respondendo, em concurso de agentes processo criminal pela prática do crime de roubo, ou de colarinho branco, não importa. Tício, citado, não comparece ao interrogatório, tornando-se revel, não obstante ter defesa técnica patrocinada por advogado constituído, regularmente, nos autos. No interrogatório, portanto, somente estão presentes Caio e Mévio, com suas respectivas defesas técnicas que são distintas, entre si, em face da colidência entre elas.

Pergunta-se: pode o advogado de Tício comparecer ao interrogatório e fazer perguntas aos outros corréus (Caio e Mévio)?

A resposta somente pode ser afirmativa.

Primeiro, em nome da ampla defesa e do contraditório, pois uma vez ausente o advogado, ou impossibilitado *manu militare* pelo juiz de participar do ato, haverá sérios prejuízos ao exercício da defesa técnica, que não poderá produzir prova em favor do acusado ausente.

Segundo, que a sanção própria para a contumácia do réu é a declaração de revelia, sem as consequências da veracidade dos fatos, como ocorre no processo civil, diante de direitos disponíveis (art. 355, II, do CPC).

Terceiro, que a impossibilidade do advogado de participar do ato é uma exclusão do réu da relação jurídico

processual, estando ele no processo. Há um vínculo jurídico processual ligando o réu ao processo quando da imputação recebida pelo juiz. Logo, não pode o advogado ser impedido de participar do primeiro ato, em regra, da instrução criminal, sob pena de graves prejuízos ao exercício constitucional da defesa técnica.

Quarto, que a ampla defesa se divide em defesa técnica e autodefesa, sendo esta disponível e aquela indisponível. Razão pela qual, ao impedir o advogado de participar do ato, estará o magistrado incorrendo em grave violação ao direito constitucional de ampla defesa; fato que, por si só, permite a propositura da ação constitucional de *habeas corpus* para declarar o ato, sem a intervenção do advogado, nulo de pleno direito.

Não há dúvida de que o fato de um acusado acusar o outro não pode autorizar o magistrado a condenar o réu, pois a *chamada do corréu* não tem valor probatório, em si. Mas tal acusação pode levar a outros tipos de provas (documentos, testemunhas etc.), o que deve ou pode ser ilidido pela defesa técnica do réu ausente.

A defesa se divide em autodefesa e defesa técnica, e esta, como já demonstramos, é indispensável, imprescindível, porém somente será efetiva se for assegurado ao acusado o tempo necessário para prepará-la, bem como a entrevista com seu advogado (ou defensor público).

Era comum na praxe no Fórum, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, o juiz interrogar o réu e, depois do interrogatório, perguntar se ele tinha advogado. Se tinha e não estava presente ao ato, o juiz iria intimá-lo para ofertar a defesa prévia. Se não tinha, o juiz nomeava Defensor Público e o encaminhava ao Defensor para que fosse orientado. Tudo na contramão de direção do Estado Democrático de Direito. Agora, de acordo com a Lei n. 10.792/2003, isso será inadmissível (perceba o leitor que já defendíamos esse ponto de vista em edições anteriores, mas éramos vencidos. Agora somos lei, chega a ser irônico).

Luigi Ferrajoli, ensinando-nos sobre o garantismo penal, deixa patente que:

“No interrogatório do acusado é onde se manifestam e se medem as diferenças mais profundas entre método inquisitivo e método acusatório. No processo inquisitivo premoderno, o interrogatório do acusado representa ‘o começo da guerra forense’, quer dizer, o primeiro ataque do juiz contra o réu para obter dele, por qualquer meio, a confissão.”⁵⁰

Continua o mestre italiano, em sua preciosa obra, para chegar à função garantidora do processo penal e concluir:

“Pelo contrário, no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa e tem a única função de dar materialmente vida ao juízo contraditório e permitir ao imputado refutar a acusação ou aduzir argumentos para se justificar” (*tradução livre do autor – Ob. cit., p. 608*).

Por último, para firmarmos nossa posição, não basta a presença física do advogado à audiência. Mister se faz o exercício de seu *munus* com entrevista prévia com seu cliente (ou assistido se for pela Defensoria Pública). Essa é a determinação do *Pacto de São José da Costa Rica* que foi aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e determinado seu integral cumprimento pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Diz o Pacto, que integra a ordem jurídica, no nosso entender, com patamar de norma constitucional (cf. art. 5º,

§ 2º, da CRFB):

“Art. 8º Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) [...]

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.” (*grifo nosso*)

Amilton Bueno de Carvalho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em artigo denominado “Nós, Juízes, Inquisidores”, que gentilmente enviou-nos via *e-mail*, faz a crítica indispensável ao ato do interrogatório, referindo-se ao juiz, quando diz:

Alguém de nós – juízes, promotores, advogados – com toda a (de) formação que temos, ousaríamos comparecer a interrogatório sem antes receber orientação de advogado? Ousaríamos ser inquiridos sem a presença de defensor?

[...] e se for réu o nosso filho? Permitiríamos a ida dele ao Foro para participar deste ato solene e simbolicamente confuso sem apoio defensivo?

Alguém de nós já viu um burguês perfumado chegar até a sala de audiência desacompanhado de advogado? Claro que não! Evidentemente que não!”

“Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º [...]

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita;”

Nesse inciso, busca-se a confissão do acusado, que poderá não só confessar a integralidade da acusação, como também alegar alguma excludente de ilicitude.

Portanto, sua confissão poderá ser parcial. O fato existe, o réu é seu autor, porém não é crime.

“II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da

infração ou depois dela;”

Há que se separar duas situações: Primeira. Os fatos podem ser verdadeiros, não obstante o réu não ser o seu autor. Segunda. Os fatos não existem e, conseqüentemente, o réu não poderia ser seu autor. Se os fatos existem, porém o acusado não é seu autor, é porque, provável e possivelmente, não estava ele naquele lugar, naquele dia, naquela hora. Poderia estar, mas não estava. Logo, esse inciso pode abrangar o seguinte ou quiçá o primeiro.

Exemplo: crime de furto. O lesado foi, efetivamente, furtado em sua casa, porém o réu, apontado na denúncia como autor do fato, nega a autoria. Aqui se nega a autoria de um fato que existiu.

Crime de calúnia. O réu nega que tenha praticado o fato porque tal fato não existiu, trata-se, na sua opinião, *de invenção do ofendido* (invenção de um fato que se atribui ao acusado).

Crime de homicídio. O réu confessa a prática do fato, porém alega que o fez em legítima defesa. O fato existe porém na versão defensiva não é crime. Volta-se para o primeiro inciso.

“III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;”

Álibi. O réu aqui pode alegar encontrar-se em lugar distinto de onde foi praticada a infração. Ou seja, se a infração existe ou não, quem é seu autor, não importa a tese defensiva. Simplesmente o réu não estava naquele lugar, dia e hora. Pode ele conhecer a vítima, porém não sabe da autoria do fato.

“IV – [...]”

VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;”

O réu não tem que conduzir o juiz a elucidação dos fatos. O MP é que tem que provar os fatos que alegou em sua denúncia. O ônus da prova é todo do MP. Esse inciso fere a estrutura do devido processo legal quando coloca nas mãos do réu, já que se trata de autodefesa, a responsabilidade pela elucidação da infração. O princípio da não culpabilidade inverte o ônus da prova, isto é, é o órgão de acusação quem tem o encargo de provar o que descreveu na denúncia, sob pena de o réu ter que ser absolvido.

“Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.” (NR)

O réu não é, nem poderia ser, obrigado a esclarecer nada nem a indicar provas porque o ônus, como já dissemos, é do MP. Contudo, se quiser, poderá fazê-lo. Trata-se de uma faculdade e não de um dever jurídico.

“Art. 190. [...]”

Art. 194. (revogado)”

A revogação desse artigo corrobora o que já havíamos dito quanto ao novo Código Civil em vigor, ou seja, a revogação da figura do curador no processo penal ao menor (aquele que tem entre 18 e 21 anos). Se ele é, agora, maior (art. 5º do CC), não há mais necessidade de curador.

“Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.” (NR)

Essa providência já era inerente à estrutura acusatória do processo penal, bem como ao direito de ampla defesa.

Contudo, agora, as partes poderão requerer, fundamentadamente, novo interrogatório, ou seja, é a lei mais uma vez dizendo aquilo que já se depreendia da Constituição, agradando aos positivistas que precisam de um texto legal, não obstante os princípios constitucionais.

O juiz, hodiernamente, não poderá realizar interrogatório sem a presença das partes, o que significa dizer: se o fizer, o ato será nulo de pleno direito. Ausente o promotor de justiça? A audiência será adiada com as consequências inerentes a sua conduta (comunicação à PGJ para adoção das providências que entender cabíveis), mas jamais a realização do ato, sob pena de nulidade. Ausente a defesa técnica? Dar-se-á o mesmo.

E mais: embora ausente o advogado do réu (ou seu defensor), o juiz, normalmente, solicita ao oficial de justiça que chame um advogado no corredor do fórum para realizar a audiência de interrogatório. Pois bem. Este somente poderá fazer se for um advogado afeto à área penal, isto é, não dá para chamar apenas um advogado por ser advogado, mas sim um advogado que conheça a matéria, sob pena de grave violação ao direito de defesa.

Vivenciamos um caso, no exercício da profissão de promotor de justiça, em que a juíza chamou um advogado para assistir um réu no interrogatório. Ao entrar na audiência, o advogado foi logo dizendo que era advogado trabalhista e não entendia nada da matéria penal e que estava no fórum apenas para saber de um processo do escritório em que trabalhava e que, portanto, não se sentia com condições de fazer a audiência. A juíza usou daquele argumento do senso comum teórico: “Doutor, por favor, colabore com a justiça, é só um interrogatório. Não vai demorar”. Quando percebemos que o ato iria se realizar, impugnamos. Alegamos que a defesa, nos termos do art. 261, parágrafo único, do CPP, tem que ser ampla, efetiva e fundamentada, e como o réu seria amplamente defendido por um advogado que não conhecia a matéria penal? A juíza, sensibilizada com nossa intervenção, mudou de ideia e adiou a audiência. Era o mínimo. Não fez por maldade, mas com a pressa digna de quem “quer limpar a pauta de audiência”.

É óbvio que juiz nenhum deve perguntar ao advogado se ele sabe direito penal e processo penal para fazer uma audiência, mas na medida em que o próprio advogado está dizendo que não conhece a matéria e que não quer fazer a audiência, não pode o juiz obrigá-lo a fazê-lo.

Que fique claro ao leitor: o réu cometeu um crime grave e covarde e merecia ser punido, mas dentro do devido processo legal com respeito às garantias fundamentais do indivíduo previstas na Constituição.

4.3.A.5.4.6 Interrogatório e o contraditório no inquérito policial. Existe?

Por último, pergunta-se:

A inovação de intervenção “das partes” no interrogatório (art. 188 do CPP) alcança a fase de inquérito policial já que o art. 6º, V, do CPP, manda ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, das disposições dos arts. 185 *usque* 196?

A resposta é negativa.

No inquérito policial, não há partes. Não há contraditório, muito menos acusação técnica e formal. Logo, não há que se falar em exercício pleno e efetivo de defesa técnica, não obstante ter o advogado direito de acompanhar seu cliente à delegacia e, portanto, estar presente ao ato, sem intervir (art. 5º, LXIII, da CR).

A lei é clara em dizer: *no que for aplicável*. No caso, em tela, não é aplicável, razão pela qual não se aplica o disposto no art. 188 do CPP na fase inquisitorial.

Conclusão: Se o interrogatório for realizado sem a presença do MP ou da defesa técnica, será nulo de pleno direito. Cabe à defesa promover a ação de *Habeas Corpus* para anular o processo (cf. art. 648, VI, do CPP) ou como no caso do MP, aguardar a decisão final para recorrer alegando no mérito do seu recurso a nulidade do processo, se for o caso. O interrogatório por precatória somente poderá ser realizado depois da oitiva das testemunhas de acusação e defesa, no juízo deprecante. O juiz, após interrogar o réu, concede a palavra ao MP e depois à defesa. Sendo o interrogatório um meio de defesa, as partes devem estar presentes ao ato, obrigatoriamente. O advogado do corréu revel pode estar presente ao ato e fazer perguntas aos outros réus. Embora as partes façam perguntas ao réu, no interrogatório judicial, tal regra não se aplica na fase do inquérito policial.

Em concurso para o Ministério Público fluminense (XX Concurso, em 6-10-1996), o examinador elaborou a seguinte questão aos candidatos:

Em que consiste a autodefesa, também conhecida como defesa material? Ela é indispensável?

Resposta objetivamente justificada. Resposta:

Autodefesa ou defesa material é o interrogatório. O primeiro momento processual que o réu tem, no rito processual comum ordinário, de se manifestar, refutando os fatos descritos na denúncia. Nesse ato, o réu apenas se manifesta quanto ao direito material, ou seja, quanto ao fato típico, ilícito e culpável que lhe é imputado. Trata-se de ato importante, necessário à instrução, face à verdade processual, base do processo penal, e o princípio da ampla defesa, porém dispensável se o réu, citado pessoalmente, não comparecer para responder ao pedido ministerial.

Indispensável não é o interrogatório, mas sim a citação do réu para se ver processar, sob pena de nulidade. Se o interrogatório fosse indispensável, não haveria processo à revelia.

4.3.A.5.4.7 Interrogatório por videoconferência

Muito se discutiu sobre a necessidade de se adotar o interrogatório por videoconferência (interrogatório por videoconferência, teleinterrogatório, interrogatório *on-line*, teleaudiência, interrogatório virtual, videoconferência são expressões usadas), em que o preso permanece no presídio, e o juiz, sem se deslocar da sala de audiências do fórum, o interroga por um monitor, através de um sistema de *software* próprio.

A Lei nº 11.900/2009 tornou realidade esse instrumento no Direito brasileiro, adotando-o de forma excepcional. A pergunta continua, agora, com objeto definido: a Lei nº 11.900/2009 é constitucional?

Em São Paulo, uma lei permitia a realização de interrogatório pelo sistema de videoconferência. Arguida a ilegalidade através de HC perante o Supremo Tribunal Federal, o processo foi declarado nulo de pleno direito e o interrogatório do paciente.

A Lei paulista nº 11.819/2005 foi declarada, incidentalmente, inconstitucional no final de outubro de 2008. A maioria dos ministros entendeu que apenas a União pode legislar sobre a matéria.

À época, sem entrar no mérito da constitucionalidade da norma, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

citou o Pacto de São José da Costa Rica, que garante o direito à presença física do réu perante o juiz, **deixando antever que possivelmente qualquer lei ordinária sancionada pela União feriria a Constituição da República porque a lei ordinária não tem patamar constitucional superior ao Pacto**. Vamos ver.

Os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto também teceram considerações a respeito. Eles se posicionaram contra a distância entre o réu e o juiz durante o interrogatório. “*O acesso à jurisdição é acesso ao juiz natural, que não é virtual*”, disse o Min. Britto. Para ele, o procedimento fere o direito à ampla defesa do acusado. “*Se o transporte do prisioneiro é custoso ao Estado, isso é um problema da segurança pública*”, completou.

A seguir transcrevemos a ementa do acórdão.

“HC 88914/SP – **SÃO PAULO**

HABEAS CORPUS – Relator(a): Min. **CEZAR PELUSO**

Julgamento: 14-8-2007 – Órgão Julgador: Segunda Turma.

EMENTA: AÇÃO PENAL Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (*due process of law*). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, *caput* e § 2º, 403, 2ª parte, 185, *caput* e § 2º, 192, parágrafo único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu.

Decisão

A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, a Dra. Daniella Sollberger Cembranelli. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 14-8-2007.” (*grifo nosso*)

O Ministro Cezar Peluso, relator do HC citado, afirma que “*em termos de garantia individual, o virtual não vale como se real ou atual fosse, até porque a expressão ‘conduzida perante’ não contempla a possibilidade de interrogatório on-line*”.

Acertada decisão.

Na primeira fase procedimental do júri será compreensível, embora inadmissível, a realização do interrogatório por videoconferência, porém em **PLENÁRIO DO JÚRI**, perante os jurados, será também atentatório ao princípio do juiz natural (corpo de jurados) e da soberania dos veredictos.

No plenário do júri, os jurados têm o direito de fazer perguntas ao réu para formar sua convicção sobre os fatos, não sendo lícito que o façam através de um monitor sem captar no réu suas reações diante das perguntas.

O contato pessoal e público com o réu, em plenário, dá aos jurados uma maior percepção dos fatos relatados e das reações físicas que ele possa ter. Queiram ou não, no júri funciona muito, embora o direito penal refute o direito

penal do autor. É o autor que ali está que será julgado pelos jurados e não os fatos que lhe são imputados. Por isso, no júri, além da violação a todos os princípios que vamos elencar abaixo, também será inadmissível e imprópria a realização do interrogatório do réu por videoconferência.

Vamos comentar o art. 185 em seus parágrafos e manter, atualizado, nosso posicionamento que já tínhamos quanto à matéria.

“Art. 185. [...]

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.” (*grifo nosso*)

Já dissemos, em outras oportunidades, que o Brasil não se resume a Rio de Janeiro e São Paulo, isto é, a realidade entre o **Oiapoque** e o **Chuí** é bem diferente. Há lugares em que o juiz sequer tem uma sala de audiências com o mínimo de conforto necessário para o bom desempenho do seu mister, quanto mais “sala de videoconferência”.

E mais: em se tratando de júri, há comarcas que nem plenário próprio têm, quanto mais sala de videoconferência.

Pois bem.

A regra é que o juiz vá ao presídio e, se houver segurança, realize lá o interrogatório. Contudo, veja o leitor a regra do art. 399, § 1º.

“§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.” (*grifo nosso*)

Ora, pergunta-se o preso será requisitado para comparecer ao fórum para ser interrogado ou o juiz vai ao presídio? Fizeram mais uma reforma pontual e não perceberam a regra do art. 399.

Pela regra nova do art. 185, § 1º, o juiz, se o réu estiver preso, irá ao presídio, sempre, desde que esteja garantida a segurança dos operadores jurídicos que atuarão na audiência. Qual o presídio brasileiro que oferece segurança? Nenhum. Trata-se de letra morta. Os interrogatórios continuaram a se realizar no fórum.

Ademais, o que o legislador não sabe (não sabe, mas fez a Lei nº 11.719/2008) é que o juiz tem agora uma AIJ para realizar, ou seja, **audiência una** em que tanto as testemunhas, peritos e o réu serão ouvidos num só ato.

“§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:” (*grifo nosso*)

Perceba que a regra é o juiz ir ao presídio, porém excepcionalmente poderá realizar o interrogatório por videoconferência. Há uma aparente contradição entre o art. 185 (O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária) e seu § 1º (O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria), porém é só

aparente. No *caput* trata-se do réu solto, no parágrafo, do réu preso.

O interrogatório por videoconferência é medida de caráter excepcional e nada tem a ver com o processo em si, mas sim com uma questão de segurança pública. Se o transporte do preso é dispendioso para o Estado e exige maior cautela dos agentes públicos, isso não é questão processual a justificar alteração das regras de processo que garante o direito de defesa, mas sim uma questão administrativa ligada à política de segurança pública do Estado, **não justificando** a adoção de medida extrema de videoconferência que afronta o devido processo legal e seus corolários princípios (ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural, soberania dos veredictos).

É inerente ao devido processo legal a publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, c/c 93, IX), que só pode ser excetuada na forma dita na própria Constituição: defesa da intimidade, interesse social e interesse público. Restringir a publicidade de um ato, como o interrogatório, através da videoconferência, é voltarmos à inquisição, em que os processos eram regidos pelo sigilo de seus atos. A virtualidade da videoconferência não pode substituir o contato físico do réu com seu juiz natural, que, no júri, são os jurados.

Ou será que alguém irá dizer que as portas do presídio Bangu 1, no Rio de Janeiro, estarão abertas para qualquer estagiário ou popular que quiser assistir ao interrogatório do réu, através da sala especial de videoconferência? É um escárnio ao direito de ampla defesa e da publicidade dos atos processuais.

“I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;” (*grifo nosso*)

O legislador quer, através do processo penal, resolver os problemas de segurança pública que ele não consegue eliminar e cria conceitos vagos que são perigosos de serem usados.

O que é risco à segurança pública? Em cidades como o Rio de Janeiro e São Paulo, o risco já existe pela própria natureza dos problemas que elas enfrentam, bem como nas grandes capitais, embora um cidadão carioca ou paulista possa se sentir seguro em sua cidade: segurança é uma questão de sensação.

Até porque o que se quer hodiernamente é impossível de se obter: segurança e liberdade. Ou se tem liberdade e não se tem segurança; ou se tem segurança e não se tem liberdade. Os dois conceitos não se coadunam, entre si.

Bauman ensina:

“A segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos outros; e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos outros.” ⁵¹

São problemas que devem ser resolvidos na órbita do direito administrativo, tanto que a definição de segurança pública vamos buscar neste direito. Segurança pública ou ordem pública é a *conservação, preservação, reprodução e organização da ordem vigente à vida em sociedade*.⁵²

Diogo Figueiredo Moreira Neto ensina:

“O conceito teórico de segurança pública é o de uma atividade estatal voltada à preservação da ordem pública e, como corolário, da incomunicabilidade das pessoas e do patrimônio. A ordem pública é objeto da segurança pública e, esta, o instrumento do Estado, disposto a manter ou estabelecer a ordem pública, caracterizando-se pelo emprego da coerção, no desempenho da vis absoluta, por ele legitimamente monopolizada.” ⁵³

A questão, portanto, deve ser resolvida através do poder de polícia do Estado, estabelecendo medidas de coerção para manutenção da paz e da tranquilidade social das pessoas e **não da negação do exercício de direitos e garantias individuais fundamentais assegurados pela Constituição da República.**

E aí vem a questão dos conceitos: **a quem eles interessam e a quem eles protegem, ou seja, *prevenir o risco à ordem pública de quem, cara pálida?***

É claro que o conceito de segurança pública é construído ao longo dos séculos com o objetivo de proteger a classe dominante segregando o homem, confinando-o no cárcere e isolando-o dos demais até por ser ele (o criminoso) um indesejável.

É quando o Direito Penal exerce seu verdadeiro papel desempenhando para *a classe dominante* seu instrumento de proteção, fazendo *a inversão ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem.*⁵⁴

Nesse viés, Foucault tem muito a nos dizer sobre como se constrói a imagem do criminoso: *o criminoso é aquele que danifica, perturba a sociedade. O criminoso é o inimigo social. O criminoso é o inimigo interno. Indivíduo que no interior da sociedade rompeu o pacto que havia teoricamente estabelecido.*⁵⁵

Ora, claro nos parece que o conceito de risco à segurança pública e de fundada suspeita é criado para que a sociedade incluída possa manter a exclusão dos outros e, principalmente, justificar, em nome da ordem pública, a violação de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, em especial da pessoa humana encarcerada.

É a hipocrisia e o falso discurso que se constrói de que nós só vamos conter a onda de violência se restringirmos direitos e garantias fundamentais, e aqui um registro: dos outros, claro.

Quando a lei excepciona e possibilita o interrogatório por videoconferência, começa a relativizar direitos (devido processo legal; ampla defesa e contraditório; juiz natural, soberania dos veredictos, dentre outros), dando margem a abusos que serão praticados com o tempo.

A lei fala em organização criminosa, mas não conceitua o que vem a ser, deixando ao juiz a discricionariedade para dizer se esse preso pertence ou não a uma organização. E pior: permite a videoconferência se houver risco de fuga durante o deslocamento do preso. Trata-se de uma presunção perigosa.

É dever do Estado manter o réu preso e encarcerado dentro das regras e princípios do sistema penitenciário, evitando, através dos instrumentos legais postos a sua disposição, que haja evasão.

“II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;”

A colheita de prova pode ser feita de forma antecipada, ou também chamada de *ad perpetuam rei memoriam*, isto é, a prova, pelo princípio da concentração, é produzida na audiência de instrução e julgamento. Casos especiais exigem produção antecipada: testemunha ou o réu com idade muito avançada, ou que está gravemente enferma(o) ou que viajará para local distante.

No caso em tela, é o réu quem será ouvido por videoconferência por se encontrar nessas situações. Nesses casos, tais fatos autorizam a realização do interrogatório por videoconferência.

Em se tratando de júri em que, hoje, o réu pode ser julgado sem que esteja presente (art. 457), seu

interrogatório por videoconferência será uma contradição. Se não quer comparecer, não pode ser ouvido. Se quer comparecer para prestar esclarecimentos, deve ter o direito de olhar os jurados, seu juiz natural, e dizer o que bem entende. Logo, no júri, é mais atentatório do direito de defesa o interrogatório por videoconferência.

Se ele está enfermo, deve o juiz aguardar seu restabelecimento para submetê-lo a julgamento. Se o estado de saúde é grave, estando o réu, por exemplo, em coma, não pode o juiz julgar, em plenário, um réu que não pode se manifestar se quer ou não comparecer em juízo.

Portanto, a regra da prova *ad perpetuam rei memoriam*, no júri, será de difícil aplicação, além, é claro, de todas as violações de que estamos tratando.

A questão é imaginar que o Estado irá disponibilizar uma sala de videoconferência no local onde o preso estiver para ouvi-lo. Imagine um réu hospitalizado por qualquer motivo e o juiz determinando que o oficial de justiça vá ao hospital com uma aparelhagem e sistema de *software* próprio para ouvi-lo. No Brasil, isso vai ocorrer sim, quando esse réu for um grande empresário ou um banqueiro, mas não o “Tício” ou seu comparsa “Caio”. Se bem que no júri a clientela é outra. Isso chama-se ingenuidade ou cinismo.

“III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código.”

Vamos reproduzir o art. 217:

“Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.” (*grifo nosso*) (*Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008*)

Perceba que no art. 217 quem assiste ao depoimento por videoconferência é o réu, **não a testemunha**. A testemunha presta o depoimento perante o juiz, ao vivo. Se não houver videoconferência, na sala do fórum, o juiz manda retirar o réu.

Todavia, o inciso III em comento deixa antever que quem presta depoimento por videoconferência é a testemunha ou a vítima. Errado e contraditório. É o réu quem assiste ao depoimento através de videoconferência, enquanto a testemunha fala ao vivo com o juiz.

A aparente contradição é fruto da reforma parcial.

Até porque, em se tratando de Tribunal do Júri, os jurados podem, se quiserem, fazer perguntas às testemunhas que devem estar presentes à audiência.

“TV – responder a gravíssima questão de ordem pública.”

Aqui está um cheque em branco dado ao juiz pelo legislador, criando um precedente perigoso, pois em se tratando de direitos e garantias fundamentais, não pode haver relativização. O que é gravíssima questão de ordem pública? É o juiz quem vai dizer. Quer coisa pior? Cada juiz vai entender de um jeito.

Indivíduo preso, depois de praticar diversos assaltos a carros na cidade, utilizando dos chamados “BONDES

(vários carros roubados por bandidos que saem pelas ruas cometendo crimes) será uma gravíssima questão de ordem pública? Um pedófilo que já abusou sexualmente de duas crianças e ainda não foi preso será um caso de gravíssima questão de ordem pública? Enfim... diversos exemplos poderiam ser dados, mas quem vai dar a resposta é o juiz.

“§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.”

Quando o juiz receber a denúncia, deverá determinar que o *acusado preso* seja *requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação* (art. 399) ou determinar que ele seja ouvido por videoconferência?

Há que se fazer uma adaptação entre os dois dispositivos legais: se receber a denúncia e quiser, pelas razões excepcionais ditas na lei, ouvir o réu por videoconferência, deverá determinar a sua realização com antecedência mínima de dez dias, o que significa dizer: a AIJ, onde o réu seria ouvido, não poderá se realizar antes de dez dias se o réu for ser ouvido por videoconferência. E pior: como a audiência é una, pelo princípio da concentração, o réu permanecerá no presídio onde se encontra assistindo a tudo (oitiva de testemunhas, peritos, debates) pelo vídeo. E mais: em se tratando de tribunal de júri, a primeira fase é decisiva para colheita da prova a fim de que o réu seja ou não pronunciado.

“§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.”

Aqui está a total exclusão da presença física do réu da AIJ e não só seu interrogatório. Com a reforma realizada pelas Leis nºs 11.689/2008 e 11.719/2008, adotaram-se os princípios da oralidade e o da concentração (vide item 4.3.A.5.6. *retro*), impedindo, em regra, a cisão dos atos.

Logo, o réu irá assistir a toda audiência pelo sistema de videoconferência violando, assim, seu direito de autodefesa, que se divide, segundo Ada Pellegrini Grinover, em:

“Dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela mediação com o juiz, as razões e as provas.” ⁵⁶

O objetivo é a total exclusão da presença física do réu da audiência afrontando seu direito de autodefesa. Flagrantemente inconstitucional, também neste aspecto, o interrogatório por videoconferência.

“§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.” (*grifo nosso*)

Essa regra é desnecessária e ingênua e perigosa. Desnecessária porque já inserida no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2.d: *direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor*) e ingênua e perigosa porque a linha telefônica do presídio estará grampeada, violando a conversa do acusado com seu defensor. Só quem finge desconhecer a situação dos “grampos” no País pensa que a linha telefônica do presídio estará imune a violações por agentes públicos inescrupulosos. Se a linha telefônica do Ministro do STF foi violada ao falar com um Senador imagina do advogado com seu cliente dentro do presídio.

Não existe no País, hoje, linha telefônica segura. E o pior: primeiro se grampeia a linha telefônica de quem se quer interceptar para depois, com base em denúncia anônima feita pelo próprio autor do grampo, pedir a “interceptação por ordem judicial”. O Judiciário e o Ministério Público acabam legitimando essa conduta e o resultado está aí no País: milhares de escutas telefônicas em que os números ninguém sabe ao certo.

O legislador, em vez de criar mecanismos de proteção de direitos, facilita sua violação. Pensar que o presídio será o ambiente sadio e de proteção dos direitos do preso é viver na utopia. Quanto mais nós relativizarmos direitos fundamentais, mais eles serão violados.

“§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.”

Outra regra que já nasce morta. A lei de execução penal diz que:

“Art. 68. [...]”

Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.”

Ora, não só o Ministério Público, mas também o juiz da execução, deve ir mensalmente ao presídio fiscalizar suas dependências e adotar as medidas necessárias ao perfeito exercício dos direitos do preso que não foram alcançados pela pena privativa de liberdade. Pergunta-se: vão? Apenas em alguns pequenos casos isso ocorre. Logo, é hipocrisia a regra do parágrafo em comento.

Se juízes e promotores (ou procuradores da República) fossem aos presídios, mensalmente, nós não teríamos presos cumprindo pena além do prazo estipulado na sentença, muito menos o ambiente de violação dos direitos humanos que temos no cárcere.

“§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.”

Regra também desnecessária porque já está no art. 399, § 1º, do CPP. Só não podemos esquecer que a requisição se dirige ao diretor da unidade prisional em que se encontra o preso, devendo este ser citado, pessoalmente, com cópia da denúncia para que possa conhecer o teor da acusação.

“§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais

que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.”

O legislador aqui foi longe demais. Quer que o reconhecimento, por exemplo, seja feito por uma tela de vídeo; ou, ainda, o confronto cara a cara (acareação) seja feito por vídeo. Imagina isso: uma pessoa de um lado, um vídeo no meio e a outra pessoa do outro lado, ambas se confrontando a fim de que se possa saber quem diz a verdade. O instrumento, confronto cara a cara, perde sua razão de ser e no júri, então, será risível.

No mínimo, o legislador pensa que esse vídeo será de qualidade digital HD MAX como nas telas das TV modernas com TV a cabo. Ingenuidade.

Tal prova (*acareação, reconhecimento de pessoas e coisas e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido*), se for colhida por esse meio, será ilícita por afrontar o devido processo legal insculpido na Constituição da República.

Com a quantidade de dinheiro que se vai gastar com a instalação de salas de videoconferências por todo o País nós poderíamos reaparelhar o Judiciário com cursos de aperfeiçoamentos e melhorias do setor humano, investindo no magistrado e seus funcionários.

“§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.” (NR)

O direito do acusado e seu defensor de acompanhar a realização do ato processual pela videoconferência não elimina a ilegalidade ou o torna lícito, pois o devido processo legal, que exige a presença do acusado perante a autoridade judiciária, continua desrespeitado.

A seguir vamos prosseguir na linha que sempre sustentamos quanto a videoconferência.

Na Itália, por exemplo, os interrogatórios podem ser feitos por videoconferência, em especial quando do combate à máfia. França e Espanha também fazem uso desse instrumento de colheita de prova. Mas aqui fica uma advertência para aqueles que gostam de usar o direito comparado como desculpa para a importação de novidades: nesses países, não mais se discute sobre a efetivação dos direitos e garantias individuais que não só estão positivados como efetivados a todo e qualquer ser humano. No Brasil, nós apenas positivamos os direitos (art. 5º da CR), mas ainda não conseguimos efetivá-los.

O primeiro interrogatório a distância, no Brasil, foi procedido em 1996, na Comarca de Campinas, pelo, à época, Dr. juiz de direito Luiz Flávio Gomes, o qual utilizou a Internet para o envio e recebimento de mensagem de texto em tempo real. A partir de então, começou-se a defender a utilização da tecnologia para a realização do interrogatório *on-line*. O que se quer, para aqueles que o defendem, é uma maneira de agilizar, desburocratizar e trazer economia à Justiça.

Alega-se que há uma economia para os cofres públicos na medida em que não se precisará transportar os presos ao fórum, além de rapidez na prestação jurisdicional, desafiando, assim, o Poder Judiciário.

Será? Vejamos.

O Direito Penal e o Processual Penal, diferentemente do que muitos pensam, são instrumentos de garantia e não de punição de uma sociedade, pelo menos enquanto sociedade organizada dentro de um Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal tipifica condutas que o Estado entende que, necessariamente, devem ser proibidas, dando ao indivíduo a certeza do que é proibido e o que é permitido. O processo penal garante que todos os direitos previstos na Constituição serão assegurados aos acusados a fim de que, se não houver alternativa e for provada a culpa do réu, seja ele condenado. A regra é a liberdade; a prisão, a exceção. E aqui um primeiro registro: seja o acusado um burguês, seja ele um plebeu, a Constituição é uma só.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sempre disse: *prisão não foi feita para pobre nem para rico. Prisão foi feita para culpado, seja pobre, seja rico.*

Por isso já se disse alhures: *o direito penal é o estatuto do delinquente, e o processo penal, do inocente* (Franz Von Liszt).

Nesse mecanismo de garantia, o acusado tem o direito de se entrevistar, pessoal e publicamente, com seu juiz natural, em um ambiente sadio, livre de pressões e com serenidade e segurança, aos olhos protetivos e/ou críticos do povo certo de que seu depoimento é consequência do exercício amplo de sua defesa, do contraditório e do princípio da publicidade processual.

É lamentável, mas é verdade: muitos operadores jurídicos desconhecem a Convenção Americana dos Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, que foi assinada em 1969 e ratificada em 1992, ou, se conhecem, não lhe dão o efetivo cumprimento. *In verbis*:

“ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...]

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

[...]

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

Na medida em que o acusado é interrogado por videoconferência, longe do ambiente físico do tribunal, consequência da garantia constitucional, efetiva, do juiz natural, violam-se os direitos de ampla defesa, da dignidade da pessoa humana, da igualdade de todos perante a lei e da colheita de prova de forma lícita. O preso assistirá, segundo o § 4º do art. 185, toda a AIJ por videoconferência, ou seja, a prova colhida não será nos exatos limites do texto constitucional: contraditório e ampla defesa. E mais: sem que possa o réu conversar, reservadamente, com seu advogado, durante o referido depoimento da testemunha, por exemplo.

Há grave violação do devido processo legal, que exige que a autodefesa se consubstancie nos direitos de *audiência* e de *presença ou participação do réu no interrogatório*. A possibilidade da entrevista reservada do preso por telefone é achincalhe ao direito de ampla defesa (autodefesa + defesa técnica).

Ademais, em que local permanecerá o advogado: no fórum, onde os depoimentos estão sendo tomados; ou no

presídio, onde se encontra o *réu perigoso*? A lei respondeu a essa indagação dando ao acusado dois defensores: um advogado e outro defensor (§ 5º do art. 185) que ficarão no fórum e no presídio, respectivamente. E se houver colidência de estratégia entre os dois? Quem tem advogado vai poder ter defensor também, ou a defensoria pública é apenas para os presos hipossuficientes? Imagina no júri termos dois defensores: um no fórum e outro no presídio com o réu. Não tem defensor nem para realizar audiência, quanto mais dois. O ideal seria que houvesse defensores na delegacia quando o réu fosse preso e no fórum para assisti-lo em juízo, mas essa não é a realidade do País tupiniquim.

Estando no fórum, como se entrevistar, reservadamente, com seu cliente a fim de perguntar o que quiser sobre os fatos relatados por aquela testemunha? A lei deu ao preso e ao seu defensor o telefone. Esperamos que a linha não caia e muito menos que esteja “grampeada”.

Como assegurar ao réu, que se encontra no presídio, que será tratado com dignidade e respeito, durante o interrogatório, sabendo que ele deseja relatar uma tortura a que foi submetido? E ainda que deseja fazer a *chamada do corréu*, ou seja, delatar um dos comparsas que se encontra preso no mesmo presídio visando ao benefício da chamada *delação premiada*? Algumas respostas a lei deu e as outras são em desfavor do réu.

Aqui um segundo registro: esse preso é o plebeu perigoso, mas não o *burguês perfumado* acusado de crime de colarinho-branco de milhões, talvez bilhões, de reais. Com a Lei nº 11.900/2009 o réu pobre, patrocinado pela defensoria pública, será o verdadeiro prejudicado. A defensoria pública, lamentavelmente, ainda não tem estrutura de pessoal suficiente para funcionar dentro do fórum, quanto mais dentro do presídio e fórum. Há Estados em que nem defensoria pública existe organizada e estruturada.

Precisamos deixar de ser cínicos e hipócritas.

Terceiro registro: queremos afastar do nosso convívio, mesmo que no tribunal, os acusados pobres que criamos como perigosos. O laboratório de criação são nossos medos. Entretanto, o *burguês perfumado*, autor de crimes de evasão de divisas, de corrupção, de colarinho-branco e de sonegação fiscal, pode se entrevistar, pessoalmente, com o juiz, porque, no imaginário popular, ele não é perigoso. Logo, não temos medo dele. Dizer, por exemplo, que fraudadores do INSS que lesaram os cofres públicos em milhões de reais, ou ainda, que os autores dos crimes cometidos em detrimento de obras públicas, ou quiçá, dos *propinodutos da vida* não são perigosos é ter um conceito estrito de perigo social, ou sequer tê-los.

Bauman assevera:

“Os medos contemporâneos, os ‘medos urbanos’ típicos, ao contrário daqueles que outrora levaram à construção de cidades, concentram-se no ‘inimigo interior’. Esse tipo de medo provoca menos preocupação com a integridade e a fortaleza da cidade como um todo – como propriedade coletiva e garante coletivo de segurança individual – do que com o isolamento e a fortificação do próprio lar dentro da cidade. Os muros construídos outrora em volta da cidade cruzam agora a própria cidade em inúmeras direções. Bairros vigiados, espaços públicos com proteção cerrada e admissão controlada, guardas bem armados no portão dos condomínios e portas operadas eletronicamente – tudo isso para afastar concidadãos indesejados, não exércitos estrangeiros, salteadores de estrada, saqueadores ou outros perigos desconhecidos emboscados extramuros.” 57

O conceito de réu perigoso pode variar muito dependendo do local de onde se fala. Se falamos comprometidos apenas com nós mesmos, perigoso é o outro, mas, se nosso discurso é comprometido com a Constituição da

República, calcado na ética da alteridade (a ética para com o outro enquanto um ser igual a nós na sua diferença), todos somos perigosos. É uma questão referencial.

Em verdade, por cinismo e hipocrisia sociais, não queremos reconhecer que os maiores marginais e verdadeiros bandidos, às vezes, estão ao nosso lado sentados em cadeiras de grande relevância na estrutura administrativa hierárquica do Estado. Isso faria com que nos sentíssemos muito mal, por isso transferimos para o outro a periculosidade. É psicológico. É um meio de defesa que possuímos para afastarmos nossos fantasmas internos.

O que, então, nos difere deles? O tipo de arma. A nossa, em regra, é a caneta e o papel. A deles, a arma de fogo e/ou punhal.

O espaço público administrativo tem mostrado a quantidade de dinheiro que já foi desviada sabe se lá de onde, e ninguém ainda está atrás das grades, mas, se um homem assalta um ônibus e subtrai, mediante violência com emprego de arma de fogo, R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nenhum juiz concederá liberdade provisória a ele e a condenação é intuitiva. O *ladrão* será execrado pela opinião pública.

Economia para os cofres públicos, portanto, não é interrogatório *on-line*, virtual, à custa da dignidade da pessoa humana e dos princípios constitucionais do acusado, mas sim um basta à corrupção.

Não podemos confundir inoperância técnica com gasto público, ou seja, se um determinado preso é levado ao fórum por 200 policiais, isso é a constatação de que o Estado coloca a quantidade acima da qualidade. Policiais, em número bem menor, altamente treinados e, principalmente, motivados podem fazer o transporte do preso sem risco a quem quer que seja.

Porém, a cada dia mais nasce a falsa sensação de que o Direito Penal irá salvar a sociedade da violência. Se fosse assim, nos EUA, onde em alguns Estados americanos há penas de morte e de prisão perpétua, não existiriam crimes. Basta ter um pouco de senso crítico e olhar para o sistema penal privatizado americano: dois milhões e meio de presos. Quanto maior o número de presos, maior o ganho financeiro dos empresários do setor carcerário. A prisão passa a ser um grande negócio financeiro, e o Brasil é um campo fértil em face dos dados alarmantes da ONU.

Dados do Instituto Latino-Americano da ONU para a Prevenção do Crime e Tratamento do Criminoso nos informam que de 28 países analisados há o seguinte quadro:

explosão carcerária nesses países nos anos 90;

os sistemas penitenciários desses países funcionam negativamente em matéria de saúde, higiene, alimentação, recreação, capacitação profissional, trabalho, segurança etc.;

no início de 1990 tínhamos mais ou menos 90.000 presos; em 1999 eles totalizavam 195.000; em 2002 já passamos a casa dos 250.000 presos;

o Brasil é um dos Países de maior crescimento penitenciário: de 1990 a 2002 aumentou 160% sua população carcerária;

o Brasil tem um dos maiores índices de presos cautelares dos países investigados: cerca de 36% do total dos presos cautelares desses 28 países estão no Brasil;

o número de vagas não comporta o contingente carcerário, havendo, atualmente, uma espécie de genocídio carcerário.⁵⁸

Contudo, cansamos de ouvir: *no Brasil, as leis são leves e não punem. Precisamos implementar leis mais*

severas para conter a onda de crimes.

Se não pune, porque esse quadro clínico horrível nas penitenciárias? Por que nossos presídios estão com 100% de sua capacidade lotada?

O que se quer, na voz de Loïc Wacquant, é a “*Globalização da tolerância zero enquanto instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda*”.⁵⁹

Na cidade do Rio de Janeiro, um Vice-Governador, arquiteto de formação, chegou a sugerir, em programa de TV e nos jornais de grande circulação, que se fizesse um muro em volta das favelas para isolar as pessoas e conter a violência urbana.

Hodiernamente, repete-se a época em que se perseguiram os escravos (os Capoeiras), os espíritas, os leprosos, os judeus e todos aqueles que representavam perigo à sociedade. O que muda é quem é perseguido.

Zaffaroni, do alto de seu magistério, prelecionando sobre o organicismo positivista como ideologia do capitalismo, diz que:

“O homem era uma coisa entre outras coisas, e existiam os de melhor e de pior qualidade. Os de pior qualidade, os ‘degenerados’ e biologicamente deficientes, caíam na escala social, por um processo de decantação ‘natural’, e, deviam ser controlados pelos que se mantinham no poder, pois se convertiam em uma ‘classe social perigosa’. O ‘crime’ era a manifestação de uma inferioridade, que nem sempre podia ser corrigida (em tal caso impunha-se eliminar ou segregar definitivamente o portador). O grupo de poder era quase invulnerável a tais ‘sanções’, pois sua ‘superioridade genética’ ou ‘biológica’ o preservava. Somente por acidente, algum de seus integrantes poderia ser atingido.”⁶⁰

O que significa dizer que o ensinamento é bem atual, embora tratando de época distante do atual minimalismo penal ou da intervenção mínima do Estado na esfera das liberdades públicas que, pensamos, deva ser adotado.

E aqui o último registro e uma confissão: temos medo sim, mas de um Estado policial, autoritário, racista, desigual e descompromissado com as políticas públicas sérias de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Temos medo de acordar, abrir a porta e darmos de cara com um AI-5 disfarçado de democrata. Temos medo de um discurso desviante do verdadeiro perigo, qual seja, a corrupção que assola o País e que impede de darmos ao outro o que, efetivamente, nos tiraria essa pecha de país de Terceiro Mundo: dignidade, respeito e educação ao povo.

Por tudo, entendemos que o interrogatório por videoconferência é manifestamente inconstitucional por vedar ao acusado o direito ao juiz natural em toda a sua plenitude (entrevista pessoal com o juiz, ambiente sadio, princípio da isonomia e, no júri, a soberania dos veredictos), por afrontar a ampla defesa e o contraditório e impedir a publicidade dos atos processuais, na medida em que é vedado ao acusado o ambiente da audiência, em verdadeiro discurso do direito penal do inimigo.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Félix Fischer, também concedeu HC entendendo que o interrogatório por videoconferência é violador do devido processo legal.

Eis a ementa:

“HC 108457/SP – *HABEAS CORPUS* – 2008/0128665-1

Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109)

Órgão Julgador: QUINTA TURMA.

Data do Julgamento: 18-9-2008

Data da Publicação/Fonte: DJ, 3-11-2008

Ementa

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXCESSO DE PRAZO.

I – O interrogatório judicial realizado por meio de videoconferência constitui causa de nulidade absoluta processual uma vez que viola o princípio do devido processo legal e seus consectários, assegurados constitucionalmente nos termos dispostos no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna.

II – ‘Inicialmente, aduziu-se que a defesa pode ser exercitada na conjugação da defesa técnica e da autodefesa, esta, consubstanciada nos direitos de audiência e de presença/participação, sobretudo no ato do interrogatório, o qual deve ser tratado como meio de defesa. Nesse sentido, asseverou-se que o princípio do devido processo legal (CF, art. 5, LV) pressupõe a regularidade do procedimento, a qual nasce da observância das leis processuais penais. Assim, nos termos do Código de Processo Penal, a regra é a realização de audiências, sessões e atos processuais na sede do juízo ou no tribunal onde atua o órgão jurisdicional (CPP, art. 792), não estando a videoconferência prevista no ordenamento. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-la deveria ser motivada, com demonstração de sua excepcional necessidade no caso concreto, o que não ocorrera na espécie. Ressaltou-se, ademais, que o projeto de lei que possibilitava o interrogatório por meio de tal sistema (PL 5.073/2001) fora rejeitado e que, de acordo com a lei vigente (CPP, art. 185), o acusado, ainda que preso, deve comparecer perante a autoridade judiciária para ser interrogado. Entendeu-se, no ponto, que em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão ‘perante’ não contemplaria a possibilidade de que esse ato seja realizado on-line. Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema.

Considerou-se, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência viola a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível. Concluiu-se que a inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude, e que, quando impedido o regular exercício da autodefesa, em virtude da adoção de procedimento sequer previsto em lei, restringir-se-ia a defesa penal’ (STF – HC 88914/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, 14-8-2007 – Informativo nº 476).

III – Deve ser reconhecido o excesso de prazo na formação da culpa, se o paciente está preso cautelarmente desde 28-5-2007 e ainda será necessária a repetição de toda a instrução processual. Ordem concedida para anular a Ação Penal nº 765/07 desde o interrogatório judicial, inclusive, bem como para relaxar a custódia cautelar do paciente, com a expedição do respectivo alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.”

4.3.A.5.5 Alegações finais orais (AFO)

“Art. 411 [...]

§ 4º As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez).

§ 5º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual.

§ 6º Ao assistente do Ministério Público após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

§ 8º A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no *caput* deste artigo.

§ 9º Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.” (NR)

Nesse ato processual, último em que as partes manifestam-se em audiência, cabe a elas abordar todas as questões jurídicas e fáticas, procurando demonstrar o acerto de suas teses, trazendo aos autos a posição da doutrina e da jurisprudência pátrias.

É nessa fase que tanto a acusação como a defesa devem arguir todas as nulidades sanáveis que existirem nos autos, sob pena de haver preclusão, nos termos do art. 571,1, c/c 572,1, do CPP (com as adaptações necessárias diante da reforma parcial da Lei nº 11.689/2008). O curioso é que a reforma pontual alterou o art. 406 do CPP, dando-lhe nova redação, que era o momento no qual as partes arguiriam as nulidades no rito especial do Tribunal do Júri. E agora, em que momento vamos arguir as nulidades?

Pensamos que embora a lei esteja capenga pela reforma pontual que fez, não há outro momento melhor senão quando da abertura da audiência de instrução e julgamento. É nesse momento que as partes deverão arguir os vícios que entenderem existir. Claro, as nulidades relativas, já que as absolutas podem ser arguidas em qualquer tempo.

É bem verdade que se o juiz der a palavra às partes em alegações orais e elas nada alegarem, não há que se falar em vício processual. Não será comum a cena, mas se ocorrer nada há que se alegar em prejuízo. O que não pode ocorrer é o juiz não dar a palavra às partes, pois haveria cerceamento, seja de acusação ou de defesa.

No rito especial do Tribunal do Júri, as diligências, agora, poderão ser requeridas após a decisão de pronúncia na fase da preparação do processo para julgamento em plenário (art. 422). Não há mais o libelo nem contrariedade.

Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual, isto é, cada um terá o prazo de 20 minutos prorrogáveis por mais 10.

Imagine um processo com três réus. Cada um poderá arrolar até oito testemunhas e mais o MP, ou seja, 32 testemunhas. Cada parte terá 20 minutos (além da possível prorrogação), sem contar os três interrogatórios. Mora a história: os juízes brasileiros terão que ter um único dia para realizar essa audiência, se conseguirem realizá-la.

Terão que rezar para não faltar nenhuma testemunha de acusação. Se faltar alguma, ouvem-se as que estão presentes e adia-se o ato para outra data, sem ouvir nenhuma de defesa. A regra é clara: *A testemunha que*

comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no caput deste artigo (art. 411, § 8º). Quer-se dizer: as que serão ouvidas são as testemunhas de acusação. Na outra data marcada vamos iniciar pelas testemunhas de acusação e depois as da defesa (*nesta ordem, diz a lei*). Se inverter a ordem, nulidade absoluta por cerceamento ao direito de defesa.

4.3.A.5.6 Princípio da identidade física do juiz no processo penal

A reforma da Lei nº 11.719/2008 instituiu no processo penal o princípio da identidade física do juiz e aqui fica a pergunta: inclusive no júri? Não temos a menor sombra de dúvidas que sim.

Vejamos.

“Art. 399 do CPP [...]

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.” (NR) (*grifo nosso*)

A reforma cometeu um erro grave que temos que consertar: o juiz que presidir a instrução. Se por um acaso o juiz presidir a instrução ouvindo as testemunhas de acusação e, por faltar duas imprescindíveis à acusação, na visão do MP, o juiz designar outra data para ouvi-las junto com as testemunhas de defesa e mais o interrogatório, e sair de férias: quem irá dar a sentença? O que iniciou a instrução, ou o que terminou?

Se por alguma razão os prazos não forem cumpridos (isso não é difícil) e houver fracionamento da AIJ, o juiz que já estiver promovido, removido ou aposentado terá que dar a sentença porque presidiu a instrução?

Em outras palavras não se observou o que dizia o Código de Processo Civil de 1939 e o de 1973 com a evolução histórica do princípio da identidade física do juiz. Vejamos.

CPC de 1939:

“Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo.

O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.

Parágrafo único. Si, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário” (*grifo nosso*)

Em outras palavras: pelo Código de Processo Civil de 1939 o juiz que iniciasse a instrução, mesmo que aposentado, removido ou transferido teria que dar a sentença. A expressão “iniciado” a instrução trouxe divergências intermináveis na doutrina, ou seja, bastava o juiz dar início à instrução com alguma tomada de depoimento que se vinculava eternamente ao processo.

Em Estados de grande extensão territorial, era impossível o preceito legal, pois o magistrado não podia voltar à comarca anterior, para completar a instrução da causa, ou para julgá-la. No caso de promoção, então, nem se fala: o juiz promovido a desembargador com funções distintas e mais elevadas deveria retornar à comarca à qual nem se lembrava mais o caminho para dar sentença. E o juiz aposentado? Esse, de pijama em casa, ou exercendo outra

atividade na iniciativa privada ou pública, inclusive, às vezes por ter alcançado a idade máxima de 70 anos no serviço público, era chamado a resolver o litígio.⁶¹

O professor Tourinho Filho nos conta uma história, via *e-mail*, interessante: Hely Lopes Meireles, o grande administrativista brasileiro, foi Juiz de Direito de 1947 a 1965, aposentado como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Foi juiz na Comarca de São Carlos quando iniciou a instrução de uma ação possessória e foi removido. Anos mais tarde foi promovido ao TACRIM-SP e depois ao TJ-SP. Aposentou-se em 1965 e foi se Secretário de Estado de SP. Pois bem. Chamaram ele para dar sentença na ação possessória à qual ele havia se vinculado por tê-la iniciado, mas não concluído, e que, finalmente, chegou ao fim.

“Por esses motivos e outros semelhantes, a jurisprudência se recusou a forçar o cumprimento dessas disposições legais que, apesar da clareza do texto, transformaram-se em letra morta.” ⁶²

Previo o Código de Processo Civil de 1973 (sem artigo correspondente no Código atual):

“Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. *(Redação dada pela Lei nº 8.637, de 31-3-1993) (grifo nosso)*

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.” *(Redação dada pela Lei nº 8.637, de 31-3-1993)*

Quando da elaboração do CPC havia a expressão “*que iniciar a audiência, concluirá a instrução*”, trazendo discussões sobre o que significava iniciar a audiência. A Lei nº 8.637, de 31-3-1993, deu nova redação ao art. 132 do CPC.

Barbi, antes da Lei nº 8.637/93, explicava:

Mas a expressão iniciar a audiência deve ser entendida em harmonia com a finalidade do instituto, isto é, só se aplicará a regra se o juiz colheu depoimento pessoal, ou de testemunha, ou se ouviu os esclarecimentos verbais do perito.

Se, iniciada a audiência, não houve conciliação entre as partes, mas a colheita daquele tipo de prova não se iniciou, não há razão para o juiz ficar vinculado à causa.⁶³

Nesse sentido é que o CPC de 1973 consagrou o princípio da identidade física do juiz de forma coerente e razoável, excetuando o juiz convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, razão pela qual, no processo penal, embora a redação do § 2º do art. 399 do CPP não diga, não vemos problema em aplicar a analogia ou interpretação extensiva com o CPC.

É bem verdade que analogia se aplica quando há lacuna na lei e no caso em tela não há. A lei apenas deixou de dizer algo que completaria o dispositivo legal. Por isso, talvez, pudéssemos dizer interpretação extensiva.

Respondendo à pergunta feita anteriormente: o **juiz penal** convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado que tenha iniciado e presidido a instrução **não** terá que dar sentença.

E por que a regra da identidade física do juiz se aplica ao júri?

Porque a regra da identidade física do juiz é inerente ao procedimento comum ordinário (art. 399, § 2º) e por força do disposto no art. 394, § 5º, *aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário*.

Não faz sentido que no júri o juiz que presida a instrução não fique vinculado, mas fique no juízo singular. É do sistema processual penal hodierno a identidade física do juiz. O juiz que concluir a instrução na AIJ terá que dar a decisão que entender cabível à espécie (pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação).

O que significa a identidade física do juiz?

Para que possamos responder a essa pergunta, mister se faz saber o que significa o princípio da **oralidade**.

Oralidade. Quem melhor estudou o princípio da oralidade, no início do século XX, foi Chiovenda, que sintetizou afirmando “*que a oralidade consistia no conjunto de princípios distintos, conquanto intimamente ligados entre si, que, aplicados a uma legislação processual, faz nascer o processo oral*”.⁶⁴

Ora, os princípios que formam a **oralidade** são:

prevalência da palavra falada sobre a escrita;

imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar;

identidade da pessoa física do juiz, isto é, o juiz que colher a prova é que deve julgar a causa;

concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas;

irrecorribilidade das interlocutórias em separado.⁶⁵

a) *A prevalência da palavra falada como meio de expressão*, por si só, não significa muita coisa, mas apenas quando e como expressa uma relação pessoal entre o julgador e todos os operadores falantes do processo.

É a presença constante do juiz junto às partes que lhe assegura um maior conhecimento dos fatos objeto de litígio e esta aproximação é que chamamos de **imediação**.

b) Por isso que a *imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar* é que configura a imediatidade, ou seja, o contato pessoal do juiz com as testemunhas, com os peritos e com as próprias partes, a quem deve ouvir. Seria letra morta a lei que assegurasse a oralidade, mas não garantisse o contato direto e pessoal do juiz com os atores jurídicos.

c) É exatamente por assegurar a oralidade + a imediação que surge a necessidade de o mesmo juiz que houver presidido a instrução do processo dar a sentença. “*Ora, se a oralidade tem por fim capacitar o julgador para uma avaliação pessoal e direta não só do litígio mas da forma como as partes procuram prová-lo no processo, não teria sentido que o juiz a quem incumbisse prolatar a sentença fosse outra pessoa, diversa daquela que tivera esse contato pessoal com a causa*”.⁶⁶

Logo, fica patente que tanto a oralidade quanto a imediação são impossíveis de se obter se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas físicas a cada trecho variadas, ou seja, perante juízes diversos.⁶⁷

d) A oralidade não faria sentido, com todos os seus consectários lógicos, se não pudéssemos reduzir toda a instrução processual a um único ato, ou quiçá, a poucas audiências, onde instruiríamos e julgaríamos a causa.

O que se quer é evitar um lapso de tempo excessivo entre o instruir e o julgar a causa, por isso a condensação de todos os atos em uma única audiência que chamamos de **princípio da concentração**.

e) A irrecorribilidade visa evitar eventuais interrupções na marcha processual impulsionadas pelos recursos interpostos pelas partes contra as decisões tomadas pelo magistrado, durante o trâmite do processo.

Quer-se dizer: para assegurar a oralidade e a imediação impede-se a interposição de recurso contra as decisões interlocutórias.

Respondendo à pergunta feita acima: **O que significa a identidade física do juiz?**

Trata-se da exigência legal de que o juiz que presidiu e concluiu a instrução do caso penal seja o mesmo que irá julgá-lo, já que o princípio da oralidade que o permitiu avaliar direta e pessoalmente os fatos, bem como, por seu contato imediato com as partes, não autoriza que outro magistrado julgue a causa.

A identidade física do juiz é um consectário lógico do princípio da oralidade e da imediação. É o que lhes dá consistência e os torna efetivos.⁶⁸

Não há dúvida de que o princípio da identidade física do juiz se aplica a todos os *procedimentos criminais de 1º grau* (expressão da lei a que já fizemos críticas, pois não existem procedimentos penais de 2º, 3º ou 4º grau).

Adotando-se o princípio da identidade física do juiz, qual o magistrado que dará sentença quando houver o (inevitável e possível) fracionamento da AIJ? Por exemplo: o juiz titular ouviu seis testemunhas de acusação e, como duas faltaram, ele remarcou a continuidade da AIJ para outra data. Nesta data, outro juiz, substituindo as férias do titular, ouviu as duas testemunhas faltantes do MP e todas da defesa, além de interrogar o réu. Pergunta-se: qual o juiz que se vinculou para dar a sentença? Pensamos que o juiz vinculado é aquele que **concluiu a instrução** com a oitiva das testemunhas e interrogatório do réu, evitando, assim, a confusão que se estabeleceu quando do Código de Processo Civil de 1939, como já explicamos.

4.3.A.5.6.7 Lei nº 13.491/2017 – Alteração de competência do crime militar

A Lei nº 13.491/2017 alterou o Código Penal Militar para submeter os militares das Forças Armadas à Justiça Militar e não mais ao tribunal do júri, nas hipóteses que especifica. Vamos citar abaixo o artigo do CPM já com a devida alteração da Lei nº 13.491/2017 para melhor compreensão e análise.

Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código **e os previstos na legislação penal**, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) **por militar em serviço** ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado,

ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

A Lei nº 13.491/2017 ampliou o conceito de crime militar impróprio, isto é, não são mais apenas aqueles previstos no Código Penal Militar embora também o fossem com igual definição na legislação penal comum, mas sim também todo e qualquer crime previsto na legislação penal (Estatuto do Desarmamento; Lei de Drogas; Abuso de Autoridade; Lei Maria da Penha etc.).

Nesse sentido, se o policial militar, **em serviço**, cometer um crime de porte ou posse de arma previsto no Estatuto do Desarmamento ele será investigado pela corporação policial militar, através do competente inquérito policial militar, e processado e julgado perante a auditoria da Justiça Militar e não mais perante a justiça comum estadual.

Da mesma forma, se, em serviço, o policial militar praticar o crime de abuso de autoridade, antes afeto à justiça comum estadual, agora será investigado pela corporação policial militar, através do competente inquérito policial militar, e julgado perante a auditoria da Justiça Militar, doravante chamada de AJM. Tudo porque a lei fala em “*e os previstos na legislação penal*” remetendo o intérprete para os crimes previstos fora do âmbito do Código Penal Militar, o que antes, pela redação do CPM, não era feito.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

A Lei nº 13.491/2017 manteve a regra que foi criada pela Lei nº 9.299/1996 de que crimes dolosos contra a vida praticados por militares dos Estados contra civil serão julgados pelo tribunal do júri, sem qualquer alteração. Até porque a EC nº 45/2004 assim determinou, não sendo lícito à lei ordinária alterar competência firmada na Constituição da República.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos **por militares das Forças Armadas** contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, **se praticados no contexto:** (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

O § 2º em comento trouxe uma novidade fruto de uma reclamação justa de militares das Forças Armadas quando no exercício de atividade de GLO (Garantia da Lei e da Ordem), qual seja: as FFAA (Forças Armadas) são chamadas para exercerem um papel que, constitucionalmente, não é seu, de patrulhamento nas ruas e nas comunidades e favelas do Brasil e ao efetuarem disparos contra meliantes, que estão fortemente armados, são julgados por civis no tribunal do júri. Civis que não entendem conceitos básicos da atividade militar. Civis que não sabem o que é um tiro de *sniper*. Civis que não entendem o que é um tiro embarcado. Civis que não sabem o que é um tiro de saque velado e acabam condenando o militar por ter atirado a curta distância como se execução fosse. Civis que não entendem que um fuzil pode efetuar tiros de rajada, acertando três, quatro ou cinco tiros no alvo, dependendo da distância, levando a crer que houve excesso no agir do militar. Não houve. É da natureza e da essência do armamento de guerra que as FFAA usam. As FFAA são treinadas para a guerra e seu armamento é pesado e quando usado nas comunidades e ruas do País gera um desconforto às pessoas que não entendem de suas funções. Ninguém gosta de ver um fuzil FAL 7.62X51 apontado para sua cabeça ou um tanque de guerra na sua porta.

Enfim... são muitas as situações militares que poderiam ser exemplificadas, mas ficaremos por aqui para discutir as questões processuais que vão surgir em decorrência da modificação da lei.

Diante dessa reclamação justa e mais do que razoável, o Ministério da Defesa fez campanha junto ao Congresso Nacional para que o Código Penal fosse alterado a fim de mandar os militares das Forças Armadas serem julgados nos crimes dolosos contra a vida perante a Justiça Militar Federal. A nosso ver nada mais do que justo e correto. A Lei nº 13.491/2017 era para ser publicada nas Olimpíadas. Tanto que o art. 2º, que estabelecia vigência temporária, foi vetado pelo Presidente da República.

“Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a te-
eficácia a legislação anterior por ela modificada.”

Razões do veto

“As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sol-
sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica. Ademais, o emprego
recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de
uma norma permanente a regular a questão. Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de
tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal
de exceção, vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição”.

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, as
quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares
considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

- a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
- b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra

funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)

QUESTÕES CONTROVERTIDAS.

1º Caso. Militar estadual, no exercício da função ou não, que comete crime de homicídio doloso contra civil. Qual o órgão jurisdicional que irá julgá-lo?

Resposta. Tribunal do Júri (art. 9º, § 1º, do CPM).

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e *cometidos por militares contra civil*, serão da competência do Tribunal do Júri. (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

2º Caso. Militar estadual, no exercício da função, que comete crime de homicídio doloso contra militar em atividade?

Resposta. Auditoria da Justiça Militar (art. 9º, § 1º, do CPM). A regra do parágrafo é clara: contra civil. No caso em tela a pergunta se refere a militar.

3º Caso. Militar das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) que comete crime doloso contra a vida contra civil por discussão de trânsito (ou discussão de vizinhança no condomínio em que moram; ou por motivos pessoais num bar, isto é: fora do exercício da função). Qual o órgão jurisdicional competente para julgá-lo?

Resposta. Justiça comum estadual: tribunal do júri. A hipótese não se amolda ao § 2º do art. 9º do CPM.

4º Caso. Militar das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) que comete crime doloso contra a vida de civil no contexto especificado no § 2º do art. 9º do CPM. Qual o órgão jurisdicional competente para julgá-lo?

Resposta. Justiça Militar da União.

Neste caso está a novidade da Lei nº 13.491/2017: os militares das Forças Armadas serão julgados pela Justiça Militar da União e **não mais pelo tribunal do júri, como era por força da Lei nº 9.299/1996.**

Frise-se que é necessário que o militar esteja:

I – em cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa (§ 2º do art. 9º do CPM),

II – ou; em ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante (§ 2º do art. 9º do CPM);

III – ou, em atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição

subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais (§ 2º do art. 9º do CPM):

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica;

O Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) prevê em seu art. 303:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I – se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II – se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III – para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV – para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V – para averiguação de ilícito.

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do *caput* deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

Observe-se que a aeronave pode ser abatida e destruída e seus tripulantes mortos. Neste caso o militar que o fizer, se julgado por tal fato, será perante a Justiça Militar da União. Pensamos que por **ser estrito cumprimento do dever legal** haverá excludente de ilicitude (art. 23 do CP) para absolver o militar e desautorizar o processo criminal. Nada mais do que justo. O que o civil entende de “Lei do Abate”? O que o civil, no tribunal de júri, entende de Código Brasileiro de Aeronáutica? Absolutamente nada.

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017).

Esta Lei complementar dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas e em seu art. 15, *in verbis*, diz:

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:

[...]

§ 7º A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de

2010).

O caso mais comum é de aplicação do art. 16-A, que diz:

Art. 16-A. Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

I – patrulhamento; (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

II – revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

III – prisões em flagrante delito. (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Imagine o militar das Forças Armadas realizar, por força da regra acima, uma revista pessoal de um grupo de indivíduos que se encontra dentro de um carro e os ocupantes reagirem por serem marginais. Repelindo a injusta agressão o militar mata os ocupantes do referido automóvel. Será julgado por força da Lei nº 13.491/2017 pela Justiça Militar da União, através de denúncia do Ministério Público Militar da União.

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

Por força do CPPM compete à polícia judiciária militar, *in verbis*:

Art. 8º Compete à Polícia judiciária militar:

[...]

c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar;

Se o militar das FFAA ao cumprir uma ordem judicial militar, via mandado de prisão, encontrar resistência de um civil e levá-lo à morte será julgado pela Justiça Militar da União. Não se aplica mais julgamento do tribunal do júri, nem e muito menos o tribunal do júri federal.

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017).

O Código Eleitoral prevê a possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral requisitar a força federal para cumprimento da lei e de suas decisões (art. 23, XIV). Nesse caso, se houver requisição da presença das FFAA para assegurar a ordem na eleição e um soldado do exército, com o escopo de dar fiel cumprimento à sua função impedindo a destruição do local de votação, ceifar a vida de um civil, ele será julgado pela Justiça Militar da União e não mais pelo tribunal do júri.

A Lei nº 13.491/2017, portanto, trouxe profunda alteração no que tange à competência da Justiça Militar de

União e do tribunal do júri, tanto que, tacitamente, revoga parcialmente o art. 82 do CPPM, que diz:

Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz: (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996)

Não há mais a exceção (tribunal do júri). Agora, por força da Lei nº 13.491/2017, o militar das FFAA, se cometer um crime doloso contra a vida de um civil nas hipóteses ditas no art. 9º, § 2º, incisos I, II e III (em serviço) será julgado perante a Justiça Militar da União.

Que fique claro: se o militar das FFAA não estiver de serviço e matar um civil responderá perante a justiça comum estadual, ou seja, perante o tribunal do júri.

Nas redes sociais operadores jurídicos do Ministério Público, magistratura, defensoria pública e autoridades policiais têm discutido se a Lei nº 13.491/2017, tendo “esquecido” os militares estaduais, ou seja, a polícia militar e o corpo de bombeiro militar, deixando-os serem julgados pelo tribunal do júri quando cometerem crimes dolosos contra a vida de civil, não estaria ferindo de morte o princípio da isonomia com os militares das Forças Armadas, razão pela qual pela isonomia que deve ser dada aos militares estaduais eles também deveriam ser julgados pela AJM quando praticassem crimes dolosos contra a vida de civil. Não é verdade. Não se trata de esquecimento, muito menos de violação ao princípio da isonomia e sim de respeito à Constituição da República, *in verbis*:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil**, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

É a Constituição da República excepcionando ela mesma. Não pode a lei ordinária criar regra de competência já estabelecida de forma clara na Constituição da República. Ou seja, a Lei nº 13.491/2017 não poderia invadir a competência constitucional prevista no art. 125. É regra constitucional que quando a vítima for civil o militar estadual seja julgado perante o tribunal do júri, esteja ou não em serviço.

5º Caso. E os processos criminais que estão em curso perante o juiz singular comum? Exemplo: crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/1965); crime de dispensa de licitação feita pelo oficial da PM ou bombeiro militar (art. 89 da Lei nº 8.666/1993); crime de porte de arma por militar em serviço (Estatuto do Desarmamento); tráfico de drogas por militar em serviço (Lei nº 13.343/2006); crime de tortura por militar em serviço (Lei nº 9.455/1997). O que fazer?

Entendemos que a Lei nº 13.491/2017 tem aplicação imediata (art. 2º do CPP) falecendo competência ao juiz singular comum para prosseguir no curso do processo, razão pela qual deve declinar de sua competência para o juiz da Auditoria da Justiça Militar estadual.

Por sua vez o promotor de justiça em exercício no órgão de execução junto à vara criminal singular comum deve declinar de sua atribuição em toda investigação criminal que apure tais crimes e remeter ao promotor de justiça em exercício junto à auditoria de justiça militar estadual.

Se o promotor de justiça em exercício junto à auditoria de justiça militar estadual entender por alguma razão que não tem atribuição para funcionar no inquérito policial respectivo, irá suscitar o conflito de atribuição que será solucionado pelo Procurador Geral de Justiça.

Não há dúvida de que os tribunais deverão se preparar para a quantidade de processos que irão, de um dia para outro, às auditorias de justiça militares, o que, por si só, irá acarretar excessos de prazos nas prisões e, consequentemente, ilegalidade delas gerando HCs perante as câmaras criminais respectivas.

A Lei nº 13.491/2017 deveria estabelecer um prazo de, pelo menos, 90 dias para entrar em vigor a fim de que o Poder Judiciário estadual pudesse se organizar e evitar que o caos se estabeleça nas auditorias de justiça militares estaduais, mas nem sempre o legislador pensa no plano prático da lei, ou melhor: nem sempre o legislador pensa.

6º Caso. Investigações criminais sobre crimes praticados por militares estaduais que correm perante as delegacias de polícia estaduais. O que deve fazer o delegado de polícia?

Entendemos que por força do art. 8º do CPPM c/c o art. 144, § 4º, da CR cabe à polícia de atividade judiciária militar apurar os crimes militares e realizar todas as diligências necessárias à sua elucidação. Nesse sentido, os delegados de polícia deverão remeter os inquéritos policiais que investigam crimes praticados por militares estaduais no exercício da função, ressalvada a competência do tribunal do júri que julgará os crimes dolosos contra a vida e serão apurados nas delegacias de polícia comum dos estados.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

Competência da polícia judiciária militar

Art. 8º Compete à Polícia judiciária militar:

- a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria;
- b) prestar aos órgãos e juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas;
- c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar;
- d) representar as autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado;
- e) cumprir as determinações da Justiça Militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste Código, nesse sentido;
- f) solicitar das autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que esteja a seu cargo;
- g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar;
- h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

7º Caso. Em situação de atividade militar descrita no art. 9º, § 2º, I, do CPM uma patrulha do exército e uma patrulha da polícia militar se defrontam com marginais, fortemente armados, numa comunidade e matam os meliantes a tiros de fuzil. Identificado que quem atirou foram um soldado do exército e um soldado da polícia militar, pergunta-se: qual o órgão jurisdicional que irá julgar o militar do exército e o da polícia militar?

Em princípio o soldado do exército, por força da regra do art. 9º, § 2º, do CPM, será julgado pela Justiça Militar da União e o soldado da polícia militar pelo tribunal do júri. Todavia, existe a Súmula nº 122 do STJ, *in verbis*:

Súmula 122 – Compete à justiça federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal. (Súmula nº 122 Terceira Seção, julgado em 01/12/1994, DJ 07/12/1994, p. 33.970)

Entendemos que, não obstante a Súmula nº 122 dispor que haverá junção do processo perante a justiça federal que o policial militar deverá ser julgado perante o tribunal do júri, por força da regra insculpida no art. 125, § 4º, da CR, separa-se o processo: o soldado do exército será julgado na Justiça Militar da União e o policial militar no tribunal do júri.

É bem verdade, que poderá haver decisões contraditórias entre as duas justiças trazendo certo descrédito à sociedade, mas ainda será melhor a contradição do que a injustiça de não ser julgado perante seu juiz natural.

Essa nossa posição poderá ser tratada diferentemente na jurisprudência, mas por enquanto pensamos ser uma solução consentânea com o “espírito da lei” (em verdade se lei tivesse espírito deveríamos interpretá-la numa casa espírita, mas... força de expressão).

8º Caso. As súmulas do STJ que tratam da competência da Justiça Militar estadual como ficam? Vejamos cada uma de per si.

Súmula 6 – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de polícia militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade. (Súmula nº 6, Terceira Seção, julgado em 07/06/1990, DJ 15/06/1990).

Por força da redação da Lei nº 13.491/2017 se o policial militar estiver de serviço (e só poderia estar por se encontrar com a viatura do quartel) e atropelar um civil ou militar será julgado pela auditoria da Justiça Militar estadual. A súmula está cancelada por força de lei.

Súmula 47 – Compete à Justiça Militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de arma pertencente à corporação, mesmo não estando em serviço. (Súmula nº 47, Terceira Seção, julgado em 20/08/1992, DJ 25/08/1992)

Com a Lei nº 13.491/2017 se o militar estiver em serviço e a arma for ou não da corporação não importa: será julgado pela AJM. A lei ampliou o conceito de crime militar impróprio, razão pela qual se o militar estadual estiver com arma da corporação ou própria, mas em serviço será julgado pela AJM. Imagine um policial militar, fora de serviço, usar a arma de seu acervo pessoal e causar lesão corporal seguida de morte num civil. Será julgado pela justiça comum. E se estiver, no mesmo caso, em serviço? Será julgado pela AJM. A grande questão da súmula era

o fato de a arma ser da corporação, embora ele não estivesse de serviço. Agora estando ele de serviço e a arma sendo ou não da corporação ele será julgado pela AJM. A súmula deverá ser adequada à nova determinação legal.

Mas saiba: se o militar estadual **não estiver** de serviço e a arma for da corporação surgirá a dúvida se a súmula ainda se aplicará diante da Lei nova. Pensamos que sim.

Súmula 75 – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal. (Súmula nº 75, Terceira Seção, julgado em 15/04/1993, DJ 20/04/1993, p. 6.769)

Neste caso a súmula deixa de ter aplicação. Se o policial militar no exercício de suas funções de plantão no presídio promove ou facilita a fuga de preso do estabelecimento trata-se de crime militar impróprio (art. 178 do CPM) a ser julgado perante a AJM.

Súmula 78 – Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa. (Súmula nº 78, Terceira Seção, julgado em 08/06/1993, DJ 16/06/1993)

Sem qualquer alteração, desde que adequada à nova realidade da Lei nº 13.491/2017, isto é, se for crime doloso contra a vida de civil não se aplica.

Súmula 122 – Compete à justiça federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal. (Súmula nº 122 Terceira Seção, julgado em 01/12/1994, DJ 07/12/1994, p. 33.970)

Em se tratando de continência (art. 77, I, do CPP) em que dois militares (um do exército e outro da polícia militar) sejam acusados de homicídio doloso, por exemplo, pensamos que haverá separação de processos. O soldado do exército vai ser julgado perante a Justiça Militar da União e o policial militar perante o tribunal do júri. E se a acusação for de tortura? A solução ao nosso sentir é a mesma, ou seja, separa-se o processo: o soldado do exército vai ser julgado perante a Justiça Militar da União e o policial militar perante a AJM.

Quando então se aplicará essa súmula? Quando se tratar de crimes que não sejam julgados pela justiça especial militar, ou seja, em concurso entre a justiça comum federal e a justiça comum estadual não se aplica a regra do art. 78, II, letra “a” do CPP e sim a Súmula nº 122 do STJ.

Perceba que no CPP, quando trata de concurso entre a jurisdição especial e a comum, prevalece sempre a especial, *in verbis*:

Art. 78

[...]

IV – no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

Quando se tratar de concurso entre jurisdições comuns da mesma categoria (grau de poder jurisdicional) vem a regra do art. 78, I, II, III.

Exemplo: um policial federal em concurso com um policial civil em atuação em determinada favela da cidade cometem crimes juntos. A competência para processar e julgar o policial federal é da justiça comum federal. A competência para processar e julgar o policial civil é da justiça comum estadual. No concurso entre as duas não se aplica a regra do art. 78, I, “a”, do CPP: a competência é da justiça comum federal para julgar os dois.

Súmula 172 – Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço. (Súmula nº 172, Terceira Seção, julgado em 23/10/1996, DJ 31/10/1996)

Esta súmula foi cancelada por força da Lei nº 13.491/2017. Agora o policial militar que cometer o crime de abuso de autoridade será julgado perante a AJM. Em se tratando de crime de abuso de autoridade é necessário que o militar esteja no exercício de suas funções, onde ele irá abusar da autoridade que possui. Logo, não se cogita de ele estar fora da atividade policial militar. Não se pode confundir eventual “abuso” dele dentro de casa com a família com o abuso em decorrência do cargo que ocupa e praticado na rua. Em casa, quando muito, ele se excede como pai, marido ou quicá filho, mas não se enquadra na Lei nº 4.898/1965.

Se o policial militar, usando do seu cargo, ainda que à paisana, resolve abusar do seu poder na sua vizinhança estabelecendo ordens de comportamento aos moradores determinando quem pode ou não usar o campo de futebol comete crime de abuso de autoridade a ser julgado perante a AJM.

9º Caso. No concurso formal de crime militar as penas são somadas (art. 80 do CPM), o que, por si só, é uma regra mais gravosa para o réu que praticou um crime comum em serviço (tortura, por exemplo), em que, segundo o art. 70 do CP comum, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade, mas que agora será julgado pela auditoria da Justiça Militar. Se forem cinco crimes em continuidade delitiva as penas serão somadas e ficará mais grave para o réu que estava sujeito ao CP comum. O que fazer?

Aplica-se a regra do art. 5º, XL, da CR, ou seja, a Lei nº 13.491/2017, neste particular aspecto, **lei penal processual material mais gravosa**, isto é, não retroage para alcançar os fatos que lhe são pretéritos, devendo o magistrado da auditoria da Justiça Militar aplicar a pena nos termos do Código Penal comum, se mais benéfico como no caso em tela.

Não se trata de combinação de leis como *sói* costuma dizer a doutrina, mas sim de aplicação da lei penal material mais benéfica que irá ter ultra-atividade. Quando o juiz for aplicar a pena do crime de tortura cometido de forma continuada aplicará nos termos do CP comum.

10º Caso. De acordo com a redação do art. 9º, II, do CPM os crimes previstos na legislação penal comum quando praticados em situação de atividade do militar são também crimes militares afetos à auditoria da Justiça Militar. Se o militar cometer uma infração penal de menor potencial ofensivo em serviço será crime militar, mas não terá os benefícios da Lei nº 9.099/1995.

Por quê?

Porque por força da Lei nº 9.099/1995 (art. 90-A) não se aplicam as disposições da Lei dos juizados criminais no âmbito da Justiça Militar. Logo, nenhum instituto dito despenalizador (composição civil, transação, suspensão condicional do processo) se aplica à Justiça Militar.

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839

de 27.9.1999)

11º Caso. O interrogatório no rito ordinário comum é feito no final da instrução (art. 400 do CPP), mas no rito do CPPM é feito após recebimento da denúncia (art. 302). Como fica a situação do militar que seria julgado perante a justiça comum e teria seu direito à autodefesa respeitado por ser interrogado ao final da instrução e na Justiça Militar? Por força do art. 302 do CPPM, será interrogado logo após o recebimento da denúncia?

O STF já solucionou essa questão quando disse que “*a Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). 5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) no feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado*” (HC 127.900/AM – Amazonas, Habeas Corpus, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016).

Portanto, essa matéria já está pacificada no STF: o interrogatório na Justiça Militar é feito ao final da instrução nos mesmos moldes do art. 400 do CPP comum.

4.3.B Art. 413 – pronúncia

“Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.”(NR) (grifo nosso)

A lei mantém a decisão de pronúncia que, sem dúvida, é instrumento de garantia do acusado, mas não com o juiz dizendo que dispositivo legal está em curso o réu, ou seja, servindo como verdadeiro acusador em pleno (e aparente) sistema acusatório.

A pronúncia é a “*garantia do acusado de não submetê-lo a um julgamento injusto, que, de modo algum, ensejaria o acolhimento da acusação pelo júri*”.⁶⁹

Pronúncia motivada é acusação *ex officio* feita pelo magistrado que não pode passar pelo filtro axiológico da Constituição, em face da influência que exerce sobre os jurados a motivação da pronúncia. Trata-se de pronúncia

nula por excesso de “*eloquência acusatória*” ⁷⁰ que, como tal, deve ser “lacrada” pelo tribunal, em eventual pedido em recurso em sentido estrito ou ação de *habeas corpus*, a fim de que não seja usada em desfavor do réu pelo Ministério Público quando em plenário do Tribunal do Júri.

Nesse sentido, se o magistrado avança no mérito, quando da decisão interlocutória de pronúncia, tecendo considerações desfavoráveis ao réu, há evidente quebra de imparcialidade que deve ser rechaçada pelo tribunal, caso provocado, ou mesmo *ex officio*.

René Ariel Dotti, comentando o Projeto de Lei nº 4.900/1995, de reforma do júri, do qual fez parte da comissão assim se manifesta sobre a pronúncia:

“Com a finalidade de evitar interferência indébita na consciência do jurado, o Projeto estabelece que a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação dos requisitos estabelecidos no art. 408. Este é o mandamento do art. 408.” ⁷¹

Logo, no projeto anterior ao que deu origem à Lei nº 11.689/2008 que se comenta, a decisão de pronúncia se limitava apenas a indicar a materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria e/ou participação, evitando qualquer influência sobre os jurados.

A pronúncia é a decisão judicial que reconhece a admissibilidade da acusação feita pelo Ministério Público (ou excepcionalmente pelo ofendido) em sua petição inicial penal (denúncia), determinando, como consequência, o julgamento do réu em plenário do Tribunal do Júri, perante o Conselho de Sentença.

Trata-se de decisão de cunho meramente declaratório, pois reconhece a plausibilidade da acusação feita, declarando a necessidade de se submeter o réu a julgamento perante seu juiz natural, em face da presença da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria.

A Lei nº 11.689/2008 deu nova redação ao art. 476, *in verbis*:

“Art. 476. Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.”

A acusação, com a reforma processual penal feita, será com base na pronúncia, pois o libelo foi suprimido. Se estava ruim, ficou pior. Se diante da estrutura acusatória do processo penal o juiz não devia limitar a acusação do libelo à pronúncia, agora ele a delimita na própria pronúncia. Eles conseguiram piorar o que já era ruim.

Quer-se dizer: no sistema acusatório quem acusa é o juiz na decisão de pronúncia e o MP terá que lê-la aos jurados. Se já entendíamos que o MP não deveria ficar adstrito aos termos da pronúncia, agora a lei manda ler a pronúncia como limite da acusação. Nada mais equivocado. Enfim, assim será.⁷²

4.3.B.1 Natureza jurídica da pronúncia

A pronúncia é prolatada no curso do processo, no final da primeira fase do rito que, como já vimos, é bifásico, obrigando o juiz a resolver uma questão incidente, qual seja: é admissível ou não a acusação? A decisão pela qual o magistrado resolve, no curso do processo, uma questão incidente é chamada de interlocutória. Essa é a natureza

jurídica da decisão de pronúncia: *decisão interlocutória mista não terminativa*, pois o que se encerra não é o processo, mas sim uma fase do procedimento. Todas as vezes que uma decisão judicial apreciar questão incidente, não julgar o *meritum causae* pondo fim à relação processual, chamaremos de *interlocutória mista terminativa*. No caso da pronúncia, como ela não encerra o processo, mas sim a primeira fase procedimental, trata-se de *decisão interlocutória mista não terminativa*.

A Lei nº 11.689/2008, dando nova redação ao art. 421, não mais usa a expressão *coisa julgada* à pronúncia, pois se não é uma sentença propriamente dita, não há que se falar em coisa julgada, e, sim, em **preclusão pro judicato**, ou seja, aquela se dirige ao juiz e o impede de alterar sua decisão, salvo nas hipóteses previstas em lei.

“Art. 421. Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 1º Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§ 2º Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão.” (NR) (grifo nosso)

Prazo. Tratando-se de uma decisão interlocutória mista, não terminativa, de cunho meramente declaratório, o prazo para que o juiz a profira é de dez dias, nos termos do art. 800, I, do CPP.

Requisitos. A lei exige dois requisitos indispensáveis para a prolação da decisão de pronúncia: materialidade do **fato** e indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 413, CPP, com a redação da Lei nº 11.689/2008).

O antigo art. 408 era mais preciso: *existência do crime e indícios de que o réu seja seu autor*. Em outras palavras: agora com a reforma poderão dizer que basta o fato existir, mas não, necessariamente, que precisa ser crime, desde logo. Podem dizer que ser crime ou não é matéria a ser decidida pelos jurados. **NADA MAI! EQUIVOCADO.**

A decisão de pronúncia é um freio que o Estado-juiz coloca à disposição do acusado contra a sanha persecutória do MP, que pode fazer uma acusação fora dos limites da investigação que lhe serve de suporte, ou mesmo dentro dos limites informativos do inquérito que não encontra ressonância, agora, nas provas dos autos.

Desse modo, embora a lei não traga mais a expressão *crime*, é intuitivo que o fato seja criminoso para que o réu seja pronunciado. Se o juiz verificar que o fato, materialmente falando, existiu, mas não constitui infração penal, o juiz deverá absolver sumariamente o réu (art. 415, III, CPP).

A existência do crime pode ser comprovada não só pela materialidade atestada no laudo de exame cadavérico (cf. art. 158 do CPP), mas também por qualquer meio idôneo de prova admitida no direito, pois o próprio legislador admitiu, no art. 167 do CPP, que a prova testemunhal pode suprir a falta do exame de corpo de delito, se os vestígios desaparecerem.

Assim, pensamos que, uma vez comprovada a existência do crime através de prova testemunhal idônea e outras provas que não o auto de exame cadavérico, o juiz estará autorizado a pronunciar, desde que haja, também, indícios suficientes de autoria.

Em verdade, é possível que haja processo crime e, conseqüentemente, julgamento do acusado sem que seja encontrado o corpo da vítima, ou seja, o chamado **júri sem corpo**.

Na ciência moderna e atual não há como desprezarmos a tecnologia que é colocada em nossas mãos para aferir determinados fatos, tais como: interceptação telefônica; exame de **DNA**; exame de voz; o bafômetro e o

exame de sangue mais sensíveis para detectar, por exemplo, dosagens alcoólicas, dentre outros.

Nesses termos, embora possa não haver prova técnica direta da morte da vítima, ou seja, o famoso e comum **auto de exame cadavérico** atestando a *causa mortis*, é possível se comprovar a materialidade por outros meios idôneos de prova. Até porque o sistema de provas adotado entre nós é o do livre convencimento.

“No DF, em Brasília, o policial civil J.P.S., 37 anos, foi acusado de ter assassinado a estudante M.B., 16 anos, vista pela última vez no dia 10 de julho de 1998 quando entrava no carro dele, em Ceilândia.

O caso foi investigado por agentes da Delegacia de Homicídios, que atribuíram o crime a J.P. com base em depoimentos e provas técnicas. A principal delas: um exame de DNA comprovou serem da vítima os vestígios de sangue e os fios de cabelo achados no porta-malas do carro do policial.

O policial, casado – pela segunda vez – e pai de dois filhos, negou qualquer envolvimento com a estudante. A situação de J.P. se complicou quando um amigo dele, ouvido pela polícia, disse ter sido orientado a simular um álibi. J.P. teria pedido a ele para dizer à polícia que os dois estavam juntos quando a menina foi vista pela última vez. O exame de DNA completou a convicção da polícia e do Ministério Público de que o policial matou a estudante. J.P. foi denunciado por homicídio e ocultação de cadáver.”

A juíza Leila Cury, brilhante em sua decisão de pronúncia, atesta:

“Apesar do espanto inicial dos mais céticos, que veem na ausência do exame de corpo de delito direto um óbice para a pronúncia e, até mesmo, uma ameaça para os ditames de um Estado Democrático de Direito, creio que temos que interpretar os artigos 408 e 158 do Código de Processo Penal, de acordo com nossa realidade atual, com os avanços tecnológicos, através dos quais, se realizam exames antes inimagináveis, cujos resultados bastam, por si só, para deslindar uma situação fática aparentemente insolúvel, não se descurando, ainda, do espírito da própria Lei Adjetiva em vigor” (*Decisão interlocutória proferida no processo 1999 01 1 070156-5 -DF*).

Ora, no caso em tela, o exame de **DNA** comprovou serem da vítima os vestígios de sangue e os fios de cabelo achados no porta-malas do carro do policial, destruindo a versão do réu que negava a autoria, mas não soube explicar como esses vestígios encontravam-se no seu carro.

Resultado: foi condenado a 15 anos de reclusão pelo homicídio e 2 anos pela ocultação de cadáver, totalizando 17 anos de reclusão perante o conselho de sentença. Apelou ao TJDF e aguarda resultado da apelação (até 23-7-2008). Enquanto não transitarem julgado, pesa sobre ele a presunção de inocência.

Em 1998, resíduos de esperma do então presidente estadunidense *Bill Clinton* foram identificados num vestido da estagiária *Monica Lewinsky* e confirmaram o escandaloso caso amoroso entre os dois. O Presidente negava o fato e respondeu por crime de perjúrio, por isso.

“No futuro será uma das grandes vertentes da criminalística.” A opinião sobre o uso do exame de DNA na elucidação de crimes é do perito legista Francisco José Ferreira Simão. Ele é o diretor técnico científico da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania do Ceará. Simão foi o responsável pela perícia nos corpos dos empresários portugueses assassinados em Fortaleza em 2001.

Não é o único exemplo do uso da técnica.

Em 19-11-2000, os cearenses acompanharam chocados a investigação da morte da jovem E. A. M., de 17

anos. A estudante prestava vestibular e foi estuprada e morta em um banheiro do campus da Universidade de Fortaleza (Unifor). Foram encontrados respingos de sangue no tênis do acusado, um vigilante que negava ter cometido o crime. O exame de **DNA**, realizado no Instituto Nacional de Criminalística (INC), em Brasília, apontou que o sangue era da estudante. O vigilante foi levado a júri popular e condenado a 24 anos de prisão.

O **DNA** é um ácido celular (chamado de ácido desoxirribonucleico) encontrado nos cromossomos. São estruturas responsáveis pela transmissão das características genéticas dos seres vivos, de geração para geração. A molécula de DNA foi desvendada em 1953 pelo britânico Francis Crick e pelo americano James Watson, que ganharam o Prêmio Nobel pela pesquisa.

O **DNA** humano tem 98% de semelhança com o dos chimpanzés. Entre humanos, o DNA se diferencia somente em 0,2% de pessoa para pessoa. Ainda assim, a sequência de DNA de uma pessoa nunca é igual à de outra. É uma diferenciação mais precisa do que as digitais, que também não se repetem. Por isso, o exame de DNA é considerado tão eficaz na identificação de alguém.

Destarte, a tecnologia está aí à disposição da justiça para elucidar os fatos que, até então, ficariam impunes pela falta de materialidade.

Outra novidade, na pronúncia, é a expressão “*participação*”, que não havia anteriormente. Pode acontecer de haver coautoria ou participação. Não importa. A decisão de pronúncia terá que açambarcar os dois casos e defini-los, até porque ela estabelecerá os limites de atuação dos dois para que o MP possa sustentar sua acusação, em plenário.

A participação é sempre uma atividade acessória, dependente da principal. “*Não existe participação se não houver um fato principal. Como atividade acessória, a participação pode ser moral ou material. Diz-se moral a participação nos casos de induzimento e instigação. Material seria a participação por cumplicidade.*”⁷³

A pronúncia terá, agora, que delimitar tudo isso, já que é com base nela que o MP irá fazer sua sustentação oral. Os juízes terão que ter muito cuidado com a delimitação da acusação para que não invadam o mérito *causae*. O art. 413 é claro quando afirma que “*a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena*”.

Nesse sentido, a pronúncia não deve avançar na análise do mérito, mas deve delimitar a acusação, sob pena de o réu ficar indefeso, pois não saberá **como** nem **do que** se defender. A supressão do libelo trará esse inconveniente.

Indícios de autoria são indicações ou apontamentos de que o réu é o autor do fato. É certo, como salienta o Ilustre Professor Sérgio Demoro Hamilton, que o “*indício vem colocado em pé de igualdade com qualquer outro meio de prova, não se justificando, dessarte, qualquer preconceito, no que respeita à sua aplicação*”.⁷⁴

Nesse caso, entendemos que, não havendo prova, através do exame de corpo de delito, da materialidade (existência do crime), mas sim através de robusta prova testemunhal, bem como de indícios veementes, estará o juiz autorizado a pronunciar o réu. Pensar que essa *existência do fato* somente poderá ser comprovada através do exame de corpo de delito é desconsiderar que, em muitas vezes, pode haver ocultação do cadáver e, conseqüentemente, não haver corpo a examinar. Todavia, o crime existiu. Além de ser verdadeira afronta ao

sistema do livre convencimento adotado pela legislação pátria (cf. art. 155 do **CPP**).

Hodiernamente, as milícias que se espalham pelo Rio de Janeiro e demais regiões do País desaparecem com o cadáver de suas vítimas e não podemos fechar os olhos a essa realidade se temos a tecnologia a nossa disposição.

Destarte, sustentamos a tese de que pode haver pronúncia, comprovando a existência do crime e a sua autoria, através não só do exame de corpo de delito, mas também de prova testemunhal, de indícios e de outros elementos idôneos de provas admitidos no direito que não sejam ilícitos (cf. art. 5º, LVI, da **CRFB**).

4.3.B.2 *Princípio do in dubio pro societate(?)*

Na pronúncia, segundo doutrina tradicional, a qual não mais seguimos, impera o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, diante do material probatório que lhe é apresentado, deve o juiz decidir sempre a favor da sociedade, pronunciando o réu e o mandando a júri, para que o conselho de sentença manifeste-se sobre a imputação feita na pronúncia. Não deve, como já dissemos, o juiz entrar no mérito nessa decisão, pois este compete aos jurados. Havendo os requisitos exigidos pela lei para a pronúncia (*indícios suficientes de autoria ou de participação e indicação da materialidade do fato*), deve ser julgada admissível a acusação.

Entendemos que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção.

O processo judicial, em si, instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado, que, agora, tem a dúvida a seu favor e, se houve dúvida quando se ofereceu denúncia, o que, por si só, não poderia autorizá-la, não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena de essa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados. Um promotor bem falante, convincente em suas palavras, pode condenar um réu, na dúvida. Júri é linguagem.

A desculpa de que os jurados são soberanos não pode autorizar uma condenação com base na dúvida. É bem verdade que há o recurso da *decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos* (art. 593, III, *d*, do CPP), mas também é verdade que, se for dado provimento ao recurso, o réu vai a novo júri e, se os jurados condenarem-no novamente, somente a revisão criminal, nas hipóteses, taxativamente, previstas no art. 621 do CPP, poderá socorrê-lo.

Sabemos de julgamento no Tribunal do Júri em que o réu foi condenado somente pela sua folha penal; ou pela sua aparência de “*bandido*” (?). Condenações essas injustas e violadoras do ônus da prova, que é todo do MP.

Por conseguinte, se o MP verificar que há dúvida nos autos quanto a autoria, não obstante a materialidade se encontrar comprovada, deve postular a absolvição do acusado, nos exatos limites do art. 415 do CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008.

4.3.B.3 *Pronúncia e qualificadoras do crime*

As elementares do tipo legal de crime correspondem a elementos específicos do injusto penal que, uma vez retirados, podem trazer uma atipicidade absoluta ou relativa. Exemplo da primeira: no crime de prevaricação, se retirarmos a elementar *funcionário público*, a conduta do agente será atípica, pois não há outro ilícito penal que se

amolde a essa hipótese. Entretanto, se do crime de peculato retirarmos a elementar funcionário público, restará o tipo do art. 168 do CP (apropriação indébita). Trata-se de uma atipicidade relativa, pois não teremos um crime praticado por funcionário público contra administração em geral, mas teremos um crime contra o patrimônio. Ou, ainda, no crime previsto no art. 123 do Código Penal, se retirarmos a elementar normativa *estado puerperal*, ficaremos com o homicídio praticado pela mãe contra seu próprio filho durante o parto, conduta que terá que ser tratada nos limites do art. 121 do CP.

As qualificadoras são circunstâncias legais especiais do crime que se encontram previstas na parte especial do Código Penal e, uma vez retiradas do comportamento do agente, não excluem o ilícito penal, mas, sim, diminuem sua sanção. Ou seja, permitem punição somente pelo *caput* do dispositivo legal. Exemplos são todas as hipóteses previstas no § 2º do art. 121 do Código Penal. Porém, se não estiverem presentes, haverá o crime de homicídio simples, pois o núcleo é *matar alguém*.

A questão que nos interessa é saber se o juiz, na fase da pronúncia, pode incluir em sua decisão uma qualificadora *não contida* na denúncia, pois pela redação do art. 413, § 1º, parece que sim. *In verbis*:

“Art. 413 [...]

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena” (*grifo nosso*)

A resposta parece-nos fácil, se entendermos bem o princípio da congruência exposto anteriormente.

Em outras palavras: se o réu não se defendeu, durante a instrução, da qualificadora objeto da pronúncia, há uma surpresa para ele, que terá cerceado seu direito constitucional de ampla defesa e do contraditório.

O próprio Código de Processo Penal, no art. 41, impõe ao Ministério Público o dever de expor o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, ou seja, o promotor de justiça deve narrar o fato-crime delimitando o âmbito de incidência da pronúncia, pois o que vai delimitar o campo de atuação da pronúncia é a denúncia, bem como o que delimitará o campo de atuação dos quesitos, em plenário, será a pronúncia, nos exatos limites do art. 482, CPP, com a reforma da Lei nº 11.689/2008, *in verbis*:

“Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.” (NR) (*grifo nosso*)

Dessa forma, se na denúncia não constar a qualificadora, não estará o juiz autorizado a pronunciar pelo crime qualificado sem a providência anterior do aditamento à denúncia. Pois, se assim agir, haverá afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, bem como ofensa ao princípio da congruência (correlação entre a pronúncia e a denúncia).

O réu defende-se dos fatos narrados na denúncia e nesta não constava a qualificadora. Os arts. 41, 421 e 476 (os dois últimos com redação da Lei nº 11.689/2008) devem ser vistos harmônica e não isoladamente.

Não obstante nosso raciocínio, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a qualificadora pode ser reconhecida na pronúncia, mesmo que não narrada na denúncia. Veja-se adiante o acórdão da lavra do Ministro Relator Soares Munoz.

“HC nº 60.597 – *Habeas Corpus*. Relator: Ministro Soares Munoz. Publicação *DJ*: 8-4-1983. Julgamento: 4-3-1983. Primeira Turma.

Pronúncia. Reconhecimento de circunstância qualificadora não capitulada na denúncia.

É possível o reconhecimento, na pronúncia, de qualificadora do homicídio não capitulada na denúncia. Aplicação dos arts. 408, § 4º, e 416 do CPP e não incidência do art. 384, parágrafo único, do mesmo Código. *Habeas corpus* indeferido. Unânime.”

O erro, com a devida *venia*, é pensar que a qualificadora seja uma circunstância judicial da pena e, portanto, deva ser decidida pelo juiz na hora da sentença, uma vez condenado o réu pelo Tribunal do Júri, bem como confundir a *classificação do crime*, prevista no art. 418 do CPP, com *nova definição jurídica do fato*, prevista no art. 384 do CPP (com redação da Lei nº 11.719/2008).

Para nós, a qualificadora é um elemento derivado do tipo que, uma vez presente, deve ser narrado na denúncia, para que o réu possa dele se defender, sem surpresas. Tanto que, uma vez em plenário, se os jurados condenarem pelo crime qualificado (digamos homicídio qualificado) e houver recurso defensivo com base no art. 593, III, *d*, do CPP, o Tribunal *ad quem* **não poderá** diminuir a pena, afastando a qualificadora, como se fosse erro na sentença do Juiz-Presidente (cf. art. 593, III, *c*, do CPP).

Não. A hipótese é de cassação da decisão dos jurados e remessa a novo júri, para que este decida sobre a qualificadora, pois o júri é soberano e não pode ter uma decisão sua alterada no mérito pelo Tribunal *ad quem* sem que seja determinado novo julgamento (cf. art. 593, § 3º, do CPP).

Nossa posição é corroborada pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão de que transcrevemos a ementa:

“RESP nº 12.011 – Recurso Especial. Relator Ministro Costa Leite. Publicação *DJ*: 3-8-1992. Julgamento: 23-6-1992. Sexta Turma.

Processo penal. Júri. Qualificadora. A qualificadora é elemento do crime, e não circunstância da pena, pelo que, na hipótese de o júri acolhê-la, contrariamente à prova dos autos, a consequência é a submissão do réu a novo julgamento popular, não podendo o tribunal simplesmente excluí-la e retificar a pena. Precedentes. Recurso conhecido e improvido. Unânime.”

Todavia, surgindo uma qualificadora e não constando esta na denúncia, deve-se dar vista ao Ministério Público para que este adite a denúncia em nome do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

A nova redação do art. 384 do CPP, determinada pela Lei nº 11.719/2008, não deixa margem a dúvidas quanto ao contraditório e ampla defesa, *in verbis*:

“Art. 384. [...]

§ 1º [...]

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

[...]

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.” (*grifo nosso*)

Conclusão: não deve o juiz reconhecer qualificadora não contida na denúncia, sem que antes possa o Ministério Público aditar a peça inicial do processo para fazer incluí-la, sob pena de haver ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório e afronta à correlação entre acusação e decisão.

Surgindo nova prova, no curso da instrução criminal, de existência da qualificadora, por força do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública deve o Ministério Público aditar a denúncia para incluí-la. Após o aditamento a defesa técnica deve manifestar-se exercendo o contraditório e a ampla defesa e, aí sim, a pronúncia pelo tipo qualificado, se for o caso.

4.3.B.4 *Pronúncia e prisão preventiva*

Diz o art. 413:

“Art. 413. [...]

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.”(NR) (*grifo nosso*)

A reforma da Lei nº 11.689/2008 não mais trata, e com acerto, a prisão como efeito da decisão de pronúncia. A prisão passa a ser decretada se houver necessidade e sempre preventivamente. O juiz, ao proferir a decisão de pronúncia, verificando a necessidade de se decretar a prisão preventiva, decide no corpo da pronúncia, tratando a prisão **não como** efeito da decisão de pronúncia, mas sim como prisão preventiva.

Não há mais a exigência da *primariedade* ou dos *bons antecedentes* para se conceder a liberdade provisória, como havia, anteriormente, com o advento da Lei Fleury (veja o anterior § 2º do art. 408 – *Se réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso* (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22-11-1973).

Hodiernamente, se o juiz verificar que não estão presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva, deixa o acusado em liberdade, se assim estiver. Se estiver preso preventivamente, solta-o revogando a prisão.

O magistrado, portanto, poderá decretar a prisão, independentemente de ser o réu primário e de bons antecedentes, bastando para isso estarem presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva.

Sempre defendemos esse ponto de vista, qual seja: a prisão em decorrência da decisão de pronúncia “era letra morta da lei”. Agora, com a reforma, ela desaparece, definitivamente, do texto legal.

Podemos afirmar que:

1. Sendo preso em flagrante delito, os autos são remetidos ao juiz para verificar a legalidade da prisão (cf. art. 5º, LXII). Recebendo os autos, dá vista ao MP para se manifestar sobre a legalidade da prisão. Tendo se manifestado o MP (positiva ou negativamente), o juiz decide: se relaxar a prisão é porque ela era ilegal. Se a mantiver, aguarda-se a vinda dos autos principais ao MP, em dez dias, para formar sua *opinio delicti*, a fim de que pratique um dentre três atos possíveis: (a) oferece denúncia; (b) requer o arquivamento do inquérito; ou (c) determina o retorno dos autos à delegacia de polícia de origem para complementar as diligências, não obstante ter sido preso em flagrante. Nesse caso, solta o indiciado.

Se houver denúncia, o juiz, além de recebê-la, verifica também se estão presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva. Em caso negativo, concede a liberdade provisória (cf. do art. 321 do CPP). Em caso positivo converte a prisão em flagrante em prisão preventiva, por força do art. 310, II, do CPP.

Pensamos que, diante da prisão em flagrante, o juiz deve sempre se manifestar, de ofício ou a requerimento, quanto à possibilidade de se conceder a liberdade provisória, pois, sendo esta inadmissível, converte-se a prisão em flagrante em prisão preventiva. Do contrário, concede-se a liberdade provisória. Portanto, para nós, sob o ponto de vista técnico, jamais deveria o réu chegar ao final do processo preso em flagrante. Porém, na prática, era o que mais ocorria. Agora, com o advento da Lei nº 12.403/2011 isso não mais é possível.

Antes tarde do que nunca. O legislador escutou nossas preces.

Essa é a razão pela qual, ao nos depararmos com uma prisão em flagrante para oferecermos denúncia, verificávamos sempre se estavam presentes as razões que autorizavam a prisão preventiva. Estando, oferecíamos denúncia e requeríamos a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Do contrário, oferecíamos denúncia e requeríamos a liberdade provisória do acusado (isso quando no exercício da função de promotor de justiça).

A Lei nº 12.403/2011 é expressa nesse sentido, não deixando ao intérprete qualquer dúvida, *in verbis*:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III *docaput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (NR)

Por essa razão, não há mais espaço para que o réu permaneça preso em flagrante até o final do processo, em especial no Tribunal do Júri, em que o rito é bifásico. Preso em flagrante assim permanece durante a conclusão de

inquérito policial. Oferecida a denúncia pelo Ministério Público, o juiz deverá, ao exercer o juízo de admissibilidade se manifestar pela conversão ou não da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Esse entendimento não extingue a liberdade provisória, muito pelo contrário, deixa-a mais viva do que nunca. O MP, ao oferecer denúncia, manifestar-se-á sobre a necessidade da prisão, ou pela concessão da liberdade provisória, o que significa dizer: desde o dia da prisão em flagrante até o dia em que o MP oferece denúncia (em tese, e matematicamente falando, 15 dias – art. 10, c/c 46, ambos do CPP), poderá ser concedida a liberdade provisória.

Com esse entendimento, resolvemos o problema do impedimento legal da concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos, pois, uma vez convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva, no ato de recebimento da denúncia, digamos, o réu, no curso do processo, poderá, se desaparecerem os motivos, ter revogada sua prisão preventiva.

Consulte o leitor nossa obra **Direito processual penal** (São Paulo: Atlas, 2012), onde tratamos exaustivamente das medidas cautelares.

2. Ao prolatar a decisão de pronúncia, o juiz verifica se estão presentes os motivos que ensejam a prisão preventiva independentemente de ser o réu primário e de bons antecedentes, muito menos, como gostam alguns advogados, ter o réu domicílio certo. Nada disso impede a prisão preventiva se estiverem presentes os motivos que a autorizam. Em caso negativo, deixa de decretar a prisão do pronunciado. Em caso positivo, decreta a prisão preventiva no **corpo da pronúncia**, mesmo sendo o réu primário, de bons antecedentes e tendo domicílio certo.

3. Estando o réu preso preventivamente, o juiz, ao prolatar a decisão de pronúncia, verifica se persistem os motivos que autorizaram sua prisão. Em caso negativo, revoga a prisão preventiva (cf. art. 316 do CPP). Em caso positivo, mesmo sendo primário, de bons antecedentes e tendo domicílio certo, mantém o réu preso preventivamente.

Destarte, claro nos parece que a primariedade, os bons antecedentes e o domicílio certo, que podem ser reconhecidos na decisão de pronúncia, não constituem óbice à decretação da prisão preventiva se os motivos que a autorizam estiverem presentes.

É comum a defesa requerer a revogação da prisão preventiva do réu alegando que o réu “*é primário, de bons antecedentes e que tem domicílio certo, além de possuir uma família exemplar e ser um bom chefe de família, etc.*”. Nada disso impede a prisão preventiva, ou sua manutenção.

A prisão em decorrência da decisão de pronúncia **desaparece do ordenamento jurídico**. O juiz terá que levar em consideração os requisitos da prisão preventiva.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou nesse sentido, adotando esse entendimento. Vejamos a ementa do acórdão:

“HC nº 74.839/SP. *Habeas corpus*. Relator Ministro Ilmar Galvão. Publicação DJ: 11-4-1997. p. 12.191 Julgamento: 18-2-1997 – Primeira Turma.

Habeas corpus. Prisão. Pronúncia. Alegação de primariedade e de bons antecedentes. Réu que não foi encontrado no endereço indicado no interrogatório. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que o não-comparecimento do acusado aos atos de instrução do processo é bom motivo para a constrição cautelar por conveniência da instrução criminal.

De outro lado, a eventual condição de primariedade e a posse de bons antecedentes não afastam a possibilidade de

decretação da medida, se as demais circunstâncias impedem que seja concedido ao réu o direito de permanecer em liberdade após a pronúncia. *Habeas corpus* indeferido. Unânime.”

O rito do Tribunal do Júri, como já vimos, é bifásico, ou seja, tem duas fases bem nítidas e distintas entre si: a primeira, do juízo de admissibilidade da acusação; a segunda, do juízo de mérito.

É cediço que, na segunda fase, em plenário, procede-se a um arremedo de instrução criminal (*PA, PD, eventual leitura de peças, interrogatório, debates orais entre MP e defesa e a decisão dos jurados*). Nesse sentido, a liberdade do acusado pode colocar em risco o que se vai apurar em plenário, motivo pelo qual pode ser decretada sua prisão preventiva na primeira fase e as razões persistirem até a segunda fase, como, por exemplo, necessidade de sua prisão para oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público.

Se decretada a prisão do acusado para garantir o curso da instrução criminal (oitiva das testemunhas arroladas pelo MP) durante a 1ª fase do rito do júri, o juiz, na pronúncia, deverá mantê-lo preso se persistirem as razões que a autorizaram, pois, em plenário, as testemunhas poderão ser ouvidas novamente.

4.3.B.5 *Pronúncia e intimação por edital*

“Art. 420. A intimação da decisão de pronúncia será feita:

I – pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público;

II – ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do disposto no § 1º do art 370 deste Código.

Parágrafo único. Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.” (NR) (grifo nosso)

A nova regra de intimação da decisão de pronúncia acaba com aquela impossibilidade que existia de se processar o réu que não era encontrado sem que ele tivesse conhecimento da decisão de pronúncia.

Agora, se o réu estiver solto e não for encontrado, será intimado por edital. Não há mais paralisação do processo por não ser o réu encontrado para ser intimado da decisão de pronúncia.

E aqui surge a pergunta: inclusive para os fatos cometidos anteriores à vigência da lei? Pensamos que sim. Trata-se de regra de direito processual penal formal, ou seja, não há ofensa a direito material consagrado na Constituição. Aplica-se o princípio da imediatidade da lei processual penal formal (art. 2º, CPP).

Ademais, se o réu foi citado pessoalmente, ele sabe que está sendo processado. Se foi citado por edital, não constituiu advogado e nem compareceu, o processo permanece suspenso, logo não chega à decisão de pronúncia. Nesse sentido, se o réu é pronunciado e está em lugar incerto e não sabido (certificado por oficial de justiça), será intimado por edital e o processo seguirá, podendo ser julgado no Tribunal do Júri à revelia.

4.3.B.6 *Pronúncia e crimes conexos*

O Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá fazê-lo imputando ao réu, por exemplo, dois crimes conexos entre si: homicídio e ocultação de cadáver. O crime de homicídio é da competência do Tribunal do Júri e o de ocultação de cadáver, do juiz singular. Nesse caso, como são conexos entre si, a competência será do Tribunal do

Júri, por força do art. 78, I, CPP.

Todavia, ao chegar na fase da pronúncia, *não pode o juiz absolver ou condenar o réu pelo crime da competência do juiz singular (ocultação de cadáver) e pronunciar pelo crime doloso contra a vida (homicídio)*. É que, por força da conexão, a competência para se decidir sobre o mérito do crime da competência do juiz singular é do Tribunal do Júri.

Se o réu for pronunciado pelo crime doloso contra a vida, o juiz somente poderá *pronunciar* ou *impronunciar* pelo crime da competência do juiz singular, porém jamais absolver ou condenar, subtraindo do júri o crime da competência do juiz singular que, por força da conexão, deve ser levado ao Tribunal popular.

Não podemos confundir. Pronunciar ou impronunciar o crime da competência do juiz singular, que foi atraído pelo crime doloso contra a vida e segue esse rito, é perfeitamente admissível. Até porque, como mandar a júri sem que haja prova de existência do fato e indícios suficientes de autoria? Ou, o contrário, deixar de mandar a júri, havendo prova de existência do fato e indícios suficientes de autoria? Seria um contrassenso e uma ilegalidade. Porém, uma vez pronunciando o crime doloso contra a vida, a decisão quanto ao crime conexo somente poderá ser de pronúncia ou impronúncia, jamais de absolvição ou condenação.

No mesmo sentido, deve-se adotar a mesma postura tratando-se de dois acusados. Exemplo: um por homicídio doloso e outro por roubo. O juiz não pode pronunciar o autor do homicídio e absolver ou condenar o autor do roubo, pois, por força da conexão entre os crimes, ambos devem ser levados a plenário do Tribunal do Júri. O que lhe é admissível é pronunciar ou impronunciar o autor do roubo.

Pronunciado o autor do homicídio, o autor do roubo somente poderá ser pronunciado ou impronunciado, jamais absolvido ou condenado na fase da pronúncia.

A decisão interlocutória mista não terminativa de pronúncia é causa interruptiva da prescrição, nos exatos limites do art. 117, I, do CP.

4.3.B.7 *Pronúncia e interrupção da prescrição*

A decisão interlocutória mista não terminativa de pronúncia é causa interruptiva da prescrição, nos exatos limites do art. 117, II, do CP. Ora, pronunciado o réu, cria-se um novo marco de contagem do prazo prescricional: a decisão de pronúncia. Se houver recurso do réu da decisão de pronúncia e o Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal, nos crimes dolosos contra a vida de competência da justiça federal) não der provimento ao recurso (na linguagem forense: confirmando a decisão de pronúncia), haverá nova interrupção da prescrição (art. 117, III, CP).

Questão interessante é a da Súmula 191 do STJ:

“A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.”

Se o Tribunal do Júri desclassifica o crime doloso contra a vida para outro de competência do juiz singular, v. g., homicídio doloso para lesão corporal seguida de morte, a pronúncia continua sendo causa interruptiva da prescrição. Ora, basta perguntar: se o juiz, na fase da pronúncia, entendesse que se tratava de lesão corporal seguida de morte e desclassificasse essa decisão, interromperia a prescrição? Não, claro que não. Logo, não vemos como a súmula assim decide. É um contrassenso, ou na melhor da linguagem, trata-se de uma súmula

inconstitucional por ferir a soberania do júri. Se o júri decide que NÃO se trata de crime doloso contra a vida, não pode a decisão que o reconheceu (decisão de pronúncia) ainda produzir seus efeitos, um deles a interrupção da prescrição.

Se o crime doloso contra a vida desaparece pela decisão soberana dos jurados, não pode persistir o *efeito* da decisão que o reconheceu: interrupção da prescrição.

Se entre a data do *recebimento da denúncia* (art. 117, I, CP) e a *decisão do conselho de sentença* já tiver ultrapassado o prazo prescricional do crime reconhecido pelos jurados, há que se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal.

A Súmula 191 do STJ é inconstitucional por ferir a soberania do júri.

4.3.C Art. 414 – impronúncia

“Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.” (NR)

A decisão de impronúncia foi mantida na Lei nº 11.689/2008 em verdadeira afronta ao princípio da presunção de inocência, ou seja, não se encontram indícios de autoria ou prova da materialidade do fato, mas, mesmo assim, o réu permanece com a espada de Dâmocles sobre sua cabeça. Logo, a decisão correta a ser adotada é decisão absolutória, pois houve falha do Estado-administração no exercício da pretensão acusatória, que não logrou êxito em provar a acusação. Não é lícito, por evidente, sacrificar a dignidade do réu em detrimento de uma falha do Estado, pois o processo, por si só, é um mal irreparável, uma *cerimônia fúnebre*⁷⁵ da qual nunca mais se livrará.

Ora, tal decisão não espelha o que de efetivo se quer dentro de um Estado Democrático de Direito, ou seja, que as decisões judiciais ponham um fim aos casos penais,⁷⁶ decidindo-os de forma meritória e dando aos acusados e à sociedade a possível (in)segurança jurídica.

Trata-se, então, de decisão inconstitucional, que não dá ao acusado a certeza de que o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública e do ônus da prova, falecendo no seu mister, pedirá a absolvição. Até porque o princípio da presunção de inocência (em verdade princípio da inversão do ônus da prova) informa essa fase processual.

Se o réu é inocente porque se não logrou êxito em colher indícios suficientes de que é o autor do fato que lhe foi imputado, não faz sentido ser impronunciado e ficar aguardando, para sua (in)segurança, a extinção da punibilidade. Inclusive, porque o legitimado poderá ir para o cível promover a competente ação civil de ressarcimento de danos, fato que, por si só, causa-lhe irreparável prejuízo.

Se não há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato, ou se apenas há prova da materialidade do fato, mas não há indícios de que o réu é seu autor, deve ser absolvido. A absolvição é medida de justiça, e não favor do Estado.

No Estado Democrático de Direito não se pode admitir que se coloque o indivíduo no banco dos réus, não se encontre o menor indício de que ele praticou o fato e mesmo assim fique sentado, agora, no banco do reserva,

aguardando ou novas provas ou a extinção da punibilidade, como se ele é quem tivesse de provar sua inocência, ou melhor, como se o tempo é que fosse lhe dar a paz e a tranquilidade necessárias.

A decisão de impronúncia não é nada. O indivíduo não está nem absolvido nem condenado, e pior: nem vai a júri. Se solicitar sua folha de antecedentes, consta o processo que está “arquivado” pela decisão de impronúncia, mas sem julgamento do mérito. Se precisar de folha de antecedentes criminais sem anotações, não a terá; não obstante o Estado dizer que não há os menores indícios de que ele seja o autor do fato, mas não o absolveu.

O processo penal moderno é instrumento de garantia e não de punição. Nesse caso, como acentua Vázquez Rossi:

“Dentro de um moderno Estado de Direito democrático, de base constitucional, onde o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito de direitos fundamentais, a finalidade do ordenamento punitivo não pode ser outra se não a proteção dos direitos humanos e dos bens jurídicos imprescindíveis a sua coexistência.” ⁷⁷

Destarte, a reforma da Lei nº 11.689/2008 cometeu as mesmas falhas do Código anterior. Não inova em quase nada, muito pelo contrário, continua velha com a famigerada decisão de impronúncia e, óbvio, continua inconstitucional.

Durante o império, a decisão de impronúncia era decisão que extinguiu o processo, dando ao acusado a certeza de que não mais seria processado pelo mesmo fato.

João Mendes de Almeida Jr. ensina sobre o processo penal brasileiro da fase do império:

“Quando o juiz não obtenha pleno conhecimento do delito ou indícios veementes de quem seja o delinquente, declarará nos autos que não julga procedente a queixa ou a denúncia, devendo esta sentença ser fundamentada.

Os nossos textos legislativos denominam a decisão sobre a pronúncia, ora despacho, ora sentença; nós preferiríamos denominar sempre – sempre, porque, na pronúncia ou não pronúncia, há um julgamento, conquanto sujeito a recurso em sentido restrito e à ulterior reconsideração em processo plenário.” ⁷⁸

Contudo, o CPP de 1941, bem como a reforma da Lei nº 11.689/2008 que ora se comenta, constitui verdadeiro retrocesso social típico de um sistema autoritário e antigarantista.

Adiante esquematizamos um gráfico para visualizarmos o encerramento da 1ª fase do rito especial do Tribunal do Júri com a decisão de impronúncia.

1ª PRIMEIRA FASE:

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE:

(Iudicium accusationis)

D – C – RP – OMP – DESP: AIJ

prova de acusação

prova de defesa

esclarecimentos dos peritos, se houver

interrogatório do acusado

alegações finais orais

*decisão de **impronúncia***

(Denúncia – Citação – Resposta prévia à acusação – Oitiva do MP – Despacho de mero expediente e Audiência de Instrução e Julgamento)

Nesse caso, encerra-se a primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, com a declaração de que a imputação penal é inadmissível. Porém, reza o parágrafo único do art. 414 do CPP que, enquanto não extinta a punibilidade, “*poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova”*”.

Ora, claro nos parece que, se poderá ser reaberto o processo em face do réu, com nova denúncia, levando-o a julgamento (se houver novas provas), esta decisão também não faz coisa julgada. Trata-se de mera preclusão temporal, pois, se a decisão não for impugnada no tempo e no modo devido, fica praticamente extinto o direito de o fazer. Havendo impronúncia, para que seja possível o réu ser novamente processado, mister se fazem novas provas, com consequente oferecimento de nova denúncia.

Entendemos que essas *novas provas*, exigidas pelo parágrafo único do art. 414 do CPP, têm a natureza jurídica de uma **condição específica de procedibilidade**, pois sem elas não pode ser oferecida denúncia contra o réu. Trata-se de provas que já existiam e não foram produzidas no momento oportuno, ou de provas que surgiram após o encerramento do processo com a decisão de impronúncia.

Sempre sustentamos, e agora somos lei, que se fosse instaurado novo processo contra o réu somente poderia se houvesse nova denúncia. Não se tratava de reabrir o processo com aquela denúncia que fora julgada improcedente, mas sim de ser oferecida nova denúncia.

4.3.C.1 Impronúncia e revisão criminal

O Código se refere a novas provas apenas quando para processar o réu e não vislumbra solução quando as provas novas o inocentarem. Diante disso pergunta-se: e se surgirem *novas provas* de que o réu é, realmente, inocente? Exemplo: o autor não é Tício e sim Caio? O que fazer?

O Código não traz solução expressa. Não foi feito para inocentes e sim para culpados. Código da ditadura prevê solução apenas para se processar, não para inocentar pessoas. Parece-nos que duas soluções podem ser aventadas.

A primeira, **que defendemos**, no próprio processo penal, aplicando-se a analogia: a ação de revisão criminal. Se a ação revisional tem como escopo reparar um erro judiciário, reconstruindo e resgatando a dignidade da pessoa humana que foi vítima da instauração de um processo penal injusto, não há por que não permitir que se utilize dessa ação para desfazer a *coisa julgada formal* que informa a decisão de impronúncia, pois naquele processo o juiz nada mais pode fazer, tanto que, surgindo novas provas, deve ser reaberto novo processo contra o réu. Aquele processo inicial, primeiro, já foi extinto, sem julgamento do mérito. Agora, com novas provas, deverá ser reaberto outro, portanto, com nova denúncia.

A lei agora veda que seja a mesma denúncia. Se já houve manifestação judicial sobre aquele pedido contido naquela ação (elementos da ação: partes, causa de pedir e pedido), não há mais como ressuscitar o pedido já apreciado e usá-lo em outra ação, se as provas que o autorizam agora são outras. A lei agora é clara: **será oferecida nova denúncia** e não, como muitos pensavam, simplesmente abrir-se-ia novamente o processo, aproveitando-se a denúncia que já fora oferecida.

Nesse sentido, pensamos que, uma vez surgindo provas novas de inocência do acusado, terá ele direito à reparação dos prejuízos sofridos com aquele processo penal, através da revisão criminal, que deve ser utilizada, analogicamente, nesse caso.

É bem verdade que revisão criminal, segundo a lei, somente se admite de sentença condenatória (cf. art. 621 do CPP), por isso aplicamos a analogia e estendemos sua eficácia e utilidade jurídica. Do contrário, iremos consagrar uma injustiça e só admitiremos novas provas de culpabilidade do réu, autorizando, assim, a reabertura do processo de pretensão acusatória e não de pretensão libertária.

Outra solução aventada na moderna doutrina é a aplicação da ação declaratória, prevista no art. 19 do CPC. Discutindo o assunto, o Dr. Aramis Nassif dá a solução:

“A sentença de impronúncia produz coisa julgada formal, vez que não há julgamento de mérito. Mas, como referido anteriormente, traz irrefutável prejuízo ao impronunciado, vez que, diante da prova da sua inocência, não pode ver declarada a sua absolvição, com o que, pelo estigma processual, sua dignidade permanece ofendida.

Entendo que, aplicando a analogia, deve-se fazer uso da ação declaratória prevista no art. 4º do Código de Processo Civil”.⁷⁹

Pensamos que, para aplicar a analogia, devemos fazê-lo dentro do próprio processo penal e, nesse caso, utilizaremos a revisão criminal.

4.3.C.2 Impronúncia: natureza jurídica e prazo

Se o juiz na fase da pronúncia é chamado a decidir acerca de uma questão incidente, qual seja: há ou não indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato? Se a resposta é negativa, deve o réu ser impronunciado. Logo, a natureza da decisão é de uma decisão interlocutória mista terminativa.

Tratando-se de decisão interlocutória mista terminativa, deve ser aplicado o disposto no art. 800, I, CPP, isto é, o prazo será de dez dias.

4.3.C.3 Impronúncia e crimes conexos

A situação de conexidade a que nos referimos acima na decisão de pronúncia pode ocorrer também quanto a impronúncia, isto é, entre um crime doloso contra a vida e outro da competência do juiz singular; v. g., em um homicídio doloso e um roubo, não pode o juiz, **impronunciando o réu pelo homicídio**, pronunciar, absolver ou condenar pelo roubo, pois, nesse caso, falece-lhe competência para assim decidir.

E a situação é óbvia: se o réu é impronunciado pelo homicídio, cessa a competência do Tribunal do Júri para apreciar o crime de roubo atraído ao rito processual do júri por força da conexão (cf. art. 76, c/c 78, I, ambos do CPP). O roubo só está no rito do júri por força da atração que sofre pelo nexo, liame com o homicídio. O homicídio é o “carro chefe” é a “lotação” que carrega o roubo ao júri.

Nesse caso, deve o juiz aguardar o transcurso do prazo para a interposição do recurso de apelação ou o seu improvimento (art. 416, CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008) para remeter o crime de roubo para o juiz singular ou, se for competente, julgá-lo. Aplica-se, na hipótese, quanto ao crime que não é da competência do júri, o

parágrafo único do art. 81 do CPP.

Pode acontecer de o juiz, na própria pronúncia, afastar uma qualificadora contida expressamente na denúncia e pronunciar apenas pelo homicídio simples. Nesse caso, há uma impronúncia quanto à qualificadora e uma pronúncia quanto ao fato original (homicídio simples).

Nessa hipótese, o recurso cabível é o recurso de apelação (art. 416, CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008). Trata-se de recurso da decisão de pronúncia que, em seu bojo, impronunciou o réu por um pedaço do fato afastando a qualificadora. Em verdade, o recurso é da parte da decisão que impronuncia o réu pela qualificadora, por isso, apelação.

4.3.C.4 *Impronúncia e ausência de dolo*

Se ao final da audiência de instrução e julgamento o juiz verificar que não há o dolo e o crime imputado não admite a modalidade culposa, qual a decisão a ser proferida?

Trata-se, pensamos, de absolvição sumária, pois o que se evidencia é que o crime não existiu, já que, pela teoria finalista da ação, o dolo está no tipo, e, se este não existe, o fato é atípico. Trata-se de atipicidade e não de exclusão de ilicitude ou muito menos de tipicidade. Não se exclui o que não existe. Se, para ser crime, necessário se faz ser típico, ilícito e culpável, não havendo a tipicidade, não há crime. Nesse caso, não existe prova da existência do crime. Não se provou o dolo.

A Lei nº 11.689/2008, ao criar outros casos de absolvição sumária, incluiu se *o fato não constituir infração penal*. Nesse sentido, a hipótese agora passa a ser de absolvição sumária e não mais de impronúncia, como admitíamos.⁸⁰

4.3.D **Art. 415 – absolvição sumária**

A Lei nº 11.689/2008, que reformou o Tribunal do Júri, criou outros casos de absolvição sumária, ampliando o rol que antes se restringia à exclusão de ilicitude e de culpabilidade.

“Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

- I – provada a inexistência do fato;
- II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
- III – o fato não constituir infração penal;
- IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV *docaput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta fora única tese defensiva.” (NR) (grifo nosso)

A absolvição sumária é uma sentença de mérito que julga improcedente o pedido contido na ação movida pelo Ministério Público, expresso na denúncia, em face da presença de uma das condições mencionadas no artigo acima citado.

O que se julga improcedente é o pedido contido na ação e não esta, como normalmente se diz. Abaixo segue o rito para entendermos em que momento deve ser proferida a sentença de absolvição sumária.

1ª PRIMEIRA FASE:

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE:

(Iudicium accusationis)

D – C – RP – OMP – DESP: AIJ

prova de acusação

prova de defesa

esclarecimentos dos peritos, se houver

interrogatório do acusado

alegações finais orais

sentença de absolvição sumária

(Denúncia – Citação – Resposta prévia à acusação – Oitiva do MP – Despacho de mero expediente)

Vejamos cada situação de absolvição sumária, isoladamente.

I – provada a inexistência do fato;

Se durante a audiência de instrução e julgamento ficar apurado que o fato imputado ao réu não existiu, o juiz o absolve. Não há que se confundir a situação de ser provada a **inexistência do fato** com a de **não haver prova** da existência do fato, prevista no inciso II do art. 386 do CPP.

A reforma da Lei nº 11.689/2008 não poderia ter incluído essa situação (**não haver prova** da existência do fato) também como de absolvição sumária, pois ela dá margem à impronúncia. São situações diferentes que necessitam de decisões distintas.

Uma coisa é estar provado que o fato não existiu (inexistência material do fato). Outra, bem diferente, é não haver provas de sua existência. A primeira leva à absolvição sumária; a segunda, à impronúncia. A primeira impede a propositura da ação civil de ressarcimento de danos, pois se o fato não existe no juízo penal, não pode existir no juízo cível: o fato é um só (art. 935 CC); a segunda permite ação civil, pois podem ser produzidas no juízo cível as provas necessárias do fato.

A inexistência do fato se dá, por exemplo, quando a vítima dita assassinada, viva se encontra e aparece aos olhos de todos. Há uma piada forense, contada pelos quatro cantos, sobre a inexistência do fato no Tribunal do Júri.

“O advogado fazia sua sustentação oral em plenário dizendo aos jurados que aquele fato não existiu e que, inclusive, a vítima iria entrar no plenário do júri a qualquer momento, pois estava viva. Sustentava que havendo a menor dúvida sobre o fato, o réu tinha que ser absolvido com base no brocardo ‘in dubio pro reo’. Dado instante, o advogado pede aos jurados que olhem para a porta que a vítima iria entrar e todos olham curiosos e nada aconteceu.

No final os jurados condenaram o réu por 7×0 , e o advogado perguntou: ‘os senhores não ficaram na dúvida? Não olharam para a porta esperando a vítima entrar, porque condenaram o réu com base na dúvida?’ Os jurados responderam: ‘nós olhamos, mas o seu cliente não’.

Moral da história: não basta ter um bom advogado, o réu tem que colaborar.”

Conclusão: entendemos que se estiver **provada a inexistência do fato**, deve o juiz absolver o réu. Contudo, se **não houver provas de que o fato existiu**, deverá o juiz impronunciar o réu. São situações distintas em que só a primeira está no art. 415, I, e a segunda, no art. 414, do CPP.

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

Nesse inciso está provado que o acusado não é o autor ou partícipe do fato, razão pela qual a absolvição é medida de justiça. Perceba que aqui foi provado que o réu não é seu autor ou partícipe, embora o fato tenha ou possa ter existido. Contudo, pode acontecer de *não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal* (art. 386, IV, CPP), e aí é caso de impronúncia (art. 414, CPB). Trata-se de indícios insuficientes de autoria ou participação.

Todavia, se está provado que o acusado não é o autor ou partícipe do fato, merece, desde logo, ser absolvido.

A hipótese acrescentada pela Lei nº 11.689/2008 permite que o réu, uma vez reconhecido não ser ele autor do fato, seja absolvido fechando as portas do cível (art. 935 do CC).

III – o fato não constituir infração penal;

Pode acontecer de o fato imputado ao acusado não constituir infração penal, embora o fato possa ter existido e ser o acusado seu autor. Crime é um fato típico, ilícito e culpável. Logo, a ausência de um dos seus requisitos leva à inexistência do crime, não obstante o fato existir e ser, *v. g.*, um ilícito civil.

A ausência do dolo nos crimes que não admitem a modalidade culposa exclui a tipicidade e, por sua vez, o crime, pois se não há o dolo, não existe o crime, sendo caso de absolvição sumária.

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Na primeira hipótese, o réu é isento de pena, podendo ser absolvido, pois o fato típico e ilícito não é punível. Os casos de isenção de pena estão claros no CP: *erro de proibição* (art. 21); *coação moral irresistível* (art. 22); *obediência hierárquica* (art. 22); *embriaguez acidental* (art. 28, § 1º).

É bem verdade, e aqui reconhecemos a possibilidade, de existir uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade como a inexigibilidade de conduta diversa, autorizando o juiz a absolver sumariamente o réu.

Como diz Greco, o aborto no caso de gravidez resultante de estupro (art. 128, II, CP) – “*se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*” – é uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade:

“Enfim, no inciso II do art. 128 do Código Penal existem dois bens em confronto: de um lado, a vida do feto, tutelada pelo nosso ordenamento jurídico desde a concepção; do outro, como sugere Frederico Marques, a honra da mulher vítima de estupro, ou a dor pela recordação dos momentos terríveis pelos quais passou nas mãos do estuprador.

Entendemos, com a devida vênia das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa.”⁸¹

A lei impede que o juiz absolva sumariamente quando a defesa alega, por exemplo, legítima defesa e imputabilidade por doença mental, pois a questão da legítima defesa deverá ser decidida pelos jurados. Se o juiz absolve sumariamente o réu pela doença mental, aplicando medida de segurança, impede que ele possa ser absolvido perante o Conselho de sentença, que é uma decisão bem mais favorável do que a medida de segurança.

Todavia, se o réu alega apenas que é doente mental como tese única, o juiz o absolve sumariamente, uma vez provada essa situação. É o que está no parágrafo único do art. 415, *in verbis*:

“Art. 415 [...]

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV *docaput* deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.” (NR)

Na segunda hipótese (exclusão do crime), não há crime, não sendo possível levar o réu a julgamento por um fato que não encontra proibição na ordem jurídica, ou seja, é lícito o fato típico.

Em verdade, se na fase de inquérito essa licitude já se demonstrava, não há como ser oferecida denúncia, pois exige o art. 41 do CPP que o MP descreva o fato criminoso com todas as suas circunstâncias.

4.3.D.1 *Absolvição sumária e crimes conexos*

A sentença absolutória proferida em face do crime da competência do Tribunal do Júri **não deve** manifestar-se em relação ao crime **conexo afeto ao juiz singular**, que, por força da conexão, foi levado ao Tribunal do Júri, pois, uma vez absolvido o réu sumariamente do **crime doloso contra a vida**, cessa a competência do Tribunal do Júri para conhecer e julgar crime conexo não doloso contra a vida.

Assim, havendo conexão entre um homicídio doloso e um roubo, se o juiz absolver sumariamente o réu do homicídio doloso, deverá esperar o trânsito em julgado da sentença para remeter o processo ao juiz singular, a fim de que este se manifeste sobre o crime de roubo. Se for o competente (jurisdição cumulativa), deverá cumprir as formalidades inerentes ao direito de defesa e julgar o réu.

Este é o posicionamento do Professor Damásio E. de Jesus, citando Hermínio Alberto Marques Porto:

“Crimes conexos.

Tratando-se de conexão do delito da competência do júri com outros, do juiz singular, a absolvição sumária não pode abranger todos. O juiz só pode absolver sumariamente o réu da imputação do crime doloso contra a vida. Quanto aos outros, só pode julgá-los após o trânsito em julgado daquela decisão (no sentido do texto: RT 512/361 e 362 e 556/310; RJTJSP 138/402). Assim, suponha-se que um réu esteja respondendo por tentativa de homicídio, e outro, por roubo. O juiz não pode, na mesma sentença, absolver sumariamente o primeiro e absolver o segundo, por exemplo, em face da precariedade da prova (RT 496/287 e 474/299) (Vide Hermínio Alberto Marques Porto, Júri, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 61, e RT 583/335).

Crimes conexos e recurso de ofício.

Absolvido o réu sumariamente da imputação de crime da competência do júri, só cabe recurso oficial em relação a este; não do delito conexo da competência do juízo singular (ex.: lesão corporal). Havendo recurso oficial abrangendo os dois delitos, não deve ser conhecido na parte em que se relaciona com o segundo (TJSP, REs 109.188, Rel. Des. Fortes Barbosa RJTJSP 136/442).” No mesmo sentido: RJTJSP 136/444 **Código de Processo Penal anotado**, 14. ed., p. 306).

Obs.: A citação acima foi feita à época em que havia o recurso de ofício revogado pela reforma da Lei nº 11.689/2008, ora em comento.

Outra questão quanto à sentença de absolvição sumária é a possibilidade de o ofendido, habilitado ou não como assistente de acusação, interpor recurso dessa decisão que o impede de obter um decreto condenatório e, conseqüentemente, um título executivo judicial.

Há acórdãos que negam ao ofendido legitimidade para recorrer nessa hipótese, entendendo que o art. 271 restringiu sua atuação. Eis uma ementa de acórdão do TJRJ:

“A atuação do assistente, na ação penal, está condicionada e restrita aos recursos interpostos pelo Ministério Público, sendo-lhe facultado, tão somente, recorrer, ele próprio, diretamente, nos casos previstos no art. 271 do CPP” (RT 547/396).

Julio Fabbrini Mirabete professa o mesmo entendimento:

“O assistente do Ministério Público, porém, não pode recorrer na hipótese já que não se lhe confere expressamente a possibilidade de interpor recurso em sentido estrito.”⁸²

Data venia, ousamos divergir do acórdão e da posição do mestre Mirabete.

A uma, porque o principal objetivo da atuação do ofendido no processo penal é obter o ressarcimento dos danos sofridos com o ilícito penal e, com a sentença de mérito absolutória, proferida sumariamente no rito do júri, as portas do cível podem se fechar. Sem contar que o ofendido já não terá um título executivo judicial nas mãos (cf. art. 515 do CPC) obrigando-o, assim, a iniciar uma ação civil pelo processo de conhecimento, se for esta admissível.

A duas, porque, por um princípio mezinho de hermenêutica, *onde existe a mesma razão fundamental há de se aplicar a mesma regra de direito*, ou seja, o § 1º do art. 584 do CPP permite que se aplique o art. 598, do mesmo diploma legal, onde há legitimação do ofendido para interpor recurso *da sentença* quando não for interposta pelo Ministério Público. Ora, claro nos parece que o legislador legitimou extraordinariamente o ofendido para interpor recurso, sempre que o Ministério Público não o fizer, prejudicando, assim, seu interesse em, tendo um título executivo judicial nas mãos, obter o ressarcimento dos prejuízos sofridos com a conduta do autor do, em tese, fato-crime.

O art. 598 do CPP, embora não diga que tipo de sentença (se absolutória ou condenatória), não deixa margem a dúvidas de que somente pode ser a absolutória, pois, no § 1º do art. 584 do CPP, refere-se à decisão de impronúncia, ou seja, aquela que, também, impede o ofendido de obter um título executivo judicial (pensamos que a regra do § 1º do art. 584 deveria passar para dentro do capítulo que trata da apelação, já que é esta que se interpõe da decisão de impronúncia, segundo o art. 416, CPP).

A três, porque o próprio art. 584, § 1º, manda aplicar a regra do art. 598, ambos do CPP, ou seja, da decisão de impronúncia (que impede o réu de ser levado a júri) cabe apelação (art. 416 CPP, com a reforma da Lei nº 11.689/2008) pelo ofendido (se o Ministério Público não a interpuser). Portanto, a decisão de absolvição sumária (que impede o réu de ser levado a júri) comporta recurso de apelação pelo ofendido se o Ministério Público não a interpuser.

4.3.D.2 *Absolução sumária e efeitos civis*

“Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

- I – provada a inexistência do fato;
- II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
- III – o fato não constituir infração penal;
- IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.”

I – provada a inexistência do fato.

Se o fato não existiu no crime, não poderá ser provado no cível, pois o fato é um só e ele não existe. Logo, provada sua inexistência material, não haverá como ser proposta ação cível de ressarcimento de danos. O fato não existiu. Por isso a regra clara do art. 66 do CPP:

“Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.” (*grifo nosso*)

Nesse sentido, absolvido sumariamente por inexistência do fato, **não caberá ação cível de ressarcimento de danos**.

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato.

Se o acusado não é o autor do fato, não será possível demandá-lo no cível, pois sendo o fato um só, não é admissível que ele possa ser autor no cível. Trata-se aqui de negativa de autoria e a sentença penal que reconhecer não ser ele o autor do fato fará coisa julgada no cível.

A regra do Código Civil é clara:

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” (*grifo nosso*)

Destarte, sendo provado que o réu não é o autor do crime, **não caberá ação cível de ressarcimento de danos**. Há uma prevalência da responsabilidade penal sobre a civil, embora sejam elas independentes. Trata-se, portanto, de uma independência relativa.

III – o fato não constituir infração penal.

O fato pode não constituir infração penal, mas ser um ilícito civil e, neste caso, surgir ao acusado o dever de indenizar a vítima ou seus familiares. Perceba que o que a sentença diz é que o fato não é um ilícito penal, mas pode ser um ilícito civil.

Nesses termos, a sentença que reconhecer que o fato não é crime não impedirá, necessariamente, a ação civil de ressarcimento de danos. O Código Civil é claro:

“Dos Atos Ilícitos

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (grifo nosso)

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Nessa parte, temos que distinguir a razão de ser da absolvição sumária. Se em razão de haver uma *excludente de ilicitude* ou de *culpabilidade*. Vejamos a primeira.

Se a absolvição sumária der-se em face de excludente de ilicitude, como diz o art. 23 do Código Penal desaparece a responsabilidade civil do autor do fato, pois, como se constata pela redação do art. 188 do CC (Lei nº 10.406/2002), aquele que age de acordo com o direito não pode ser punido, seja criminal ou civilmente.

A regra do art. 188 do novo Código Civil é clara:

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

Caio Mário da Silva Pereira preleciona que:

“A conduta humana pode ser obediente ou contraveniente à ordem jurídica. O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais, ou proceder em desobediência a elas. No primeiro caso encontram-se os atos jurídicos, entre os quais se inscreve o negócio jurídico [...] caracterizado como declaração de vontade tendente a uma finalidade jurídica, em consonância com o ordenamento legal. No segundo estão os atos ilícitos, concretizados em um procedimento, em desacordo com a ordem legal. O ato lícito, pela força do reconhecimento do direito, tem o poder de criar faculdades para o próprio agente. É jurígeno.”⁸³

Ora, como responsabilizar (civil ou criminalmente) aquele que agiu de acordo com o direito? Se a própria lei diz que *não constituem atos ilícitos*, não há como daí nascer responsabilidade civil para o autor do ato lícito. O brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit* (quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém) deve ser trazido à colação.

Todavia, se a legítima defesa é real, em *aberratio ictus* aplicam-se os arts. 927 a 954 do Código Civil, ou seja, há o dever de indenizar o ofendido.

Exemplificamos:

A agride injustamente *B*. Este, em legítima defesa, atira contra *A*, vindo a matar *C*. *B* é processado criminalmente e absolvido em face da legítima defesa real. Provado no cível que o ato praticado por *B* foi lícito, mas não cometido em repulsa à agressão de *C*, terão os sucessores de *C* direito a obter ressarcimento dos danos sofridos. Nesse caso, *B* responde civilmente.

Nessa hipótese, embora usando regularmente de um direito, foi ofendido bem jurídico de terceiro, surgindo o dever de indenizar aquele que em nada contribuiu para a agressão injusta.

Do contrário, a regra do art. 65 do CPP deve ser inteiramente aplicada, em verdadeira consonância com c

preceituado no art. 188 do Código Civil.

Tratando-se de absolvição sumária com exclusão da culpabilidade, há que se verificar se houve aplicação do art. 26 do CP, pois, nesse caso, o amental é privado de discernimento, porém a responsabilidade dirige-se para a pessoa responsável pela sua guarda. Entretanto, há que se provar a negligência da pessoa responsável pela guarda do amental; não havendo negligência e sendo o amental desprovido de recursos suficientes para suportar os prejuízos, a vítima ficará irressarcida.

Nossa opinião tem apoio no mestre Silvio Rodrigues:

“No direito vigente, provado que o agente causador do dano é um amental, sem capacidade para medir o alcance de seu gesto, não é ele pessoalmente responsável pela reparação do dano causado. Se a responsabilidade não puder ser atribuída à pessoa incumbida de sua guarda ou vigilância, ficará a vítima irressarcida, da mesma maneira que ocorreria se o seu infortúnio derivasse de caso fortuito ou de força maior.”⁸⁴

O Código Civil tem regra semelhante ao dispor sobre a responsabilidade civil.

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.” (*grifo nosso*)

“Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.” (*grifo nosso*)

Sem embargo de opiniões em contrário, entendemos que se deverá verificar cada hipótese autorizadora da absolvição sumária, pois, naquelas em que não houver culpa do agente, não há que se falar em ressarcimento de danos, pois os casos de responsabilidade civil objetiva são expressos em lei.

4.3.D.3 *Absolvição sumária e a revogação do recurso de ofício – Lei nº 11.689/2008*

O recurso de ofício da absolvição sumária não mais subsiste no ordenamento jurídico. O art. 415 não mais contempla qualquer tipo de recurso necessário ou de ofício, deixando claro ao intérprete que em um processo penal moderno não há espaço para recurso de ofício da decisão que concede a liberdade. Quando muito, se houver recurso de ofício, deverá ser da decisão que cassa a liberdade e não da que concede.

Diante da reforma pontual que foi realizada, uma dúvida pode surgir ao operador jurídico, qual seja: se o recurso de ofício foi revogado, por qual razão o legislador teria deixado a menção a ele nos arts. 574, II, e 564, III, ambos do CPP?

Bem. Em verdade, a resposta é simples: por pura falta de técnica e ignorância. É isso que a reforma pontua

permite que se faça.

Perceba que, embora o leitor possa ter quase razão quando diz que o art. 574, II, menciona o recurso de ofício da decisão de absolvição sumária, ele se refere à decisão que “*absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411*”, isto é, a referência é ao artigo que foi revogado, razão pela qual o recurso que ali estava previsto teve a mesma sorte.

Quando no art. 564, III, *n*, se diz que “*o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido*”, a lei não mais o estabelece, logo ele não mais existe (salvo o art. 7º da Lei nº 1.521/1951, de duvidosa constitucionalidade). No art. 564 está a sanção que se aplica pela ausência do recurso de ofício. Ora, como aplicar sanção pela ausência de algo que não mais é previsto em lei? Não se aplica.

Destarte, somos do entendimento de que os dois dispositivos legais (arts. 574, II, e 564, III *n*, CPP) foram derogados pela ausência, hodierna, do recurso de ofício que foi, expressamente, revogado pela Lei nº 11.689/2008.

Nosso entendimento é de que o recurso de ofício já não possuía vigência diante do texto constitucional por representar um retrocesso social, em pleno Estado Democrático de Direito.

4.3.E Art. 419 – desclassificação

A decisão de desclassificação é operada sempre que o juiz entende que o crime descrito na denúncia não é doloso contra a vida e sim, outro, de competência do juiz singular, remetendo os autos do processo a este, à disposição do qual ficará o acusado preso.

Se houver um homicídio doloso conexo com um roubo e a desclassificação for feita na primeira fase (*Juízo de admissibilidade*), ou seja, desclassificado o homicídio doloso para outro crime que não da competência do Tribunal do Júri, *v. g.*, homicídio culposo ou lesão corporal seguida de morte, devem os autos ser remetidos ao juiz singular competente para conhecer tanto do crime desclassificado (homicídio culposo ou lesão corporal seguida de morte) como do crime de roubo. Nesse caso, vamos aplicar a primeira parte do § 3º do art. 74 do CPP, que manda observar o disposto no art. 419 do mesmo diploma legal. Ou seja, o júri não pode conhecer de crimes que não sejam da sua competência (homicídio culposo e roubo).

O operador do direito deve perceber que a desclassificação feita na primeira fase (*Juízo de admissibilidade*) desnatura o crime doloso contra a vida, dando-lhe nova ou verdadeira feição. Os jurados não podem reunir-se para apreciar um crime (ou dois, como no exemplo dado) que não seja de sua esfera constitucional de competência (cf. art. 5º, XXXVIII, *d*).

4.3.E Art. 417 – aditamento à denúncia

“Art. 417. Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código.” (NR) (*grifo nosso*)

A reforma manteve o chamado *aditamento próprio pessoal provocado*, ou seja, o juiz determina ao MP aditar a peça exordial em verdadeira afronta ao sistema acusatório, quebrando sua imparcialidade. É bem verdade

que a expressão “para aditamento da inicial e demais diligências” foi suprimida do art. 417, mas é intuitivo que quando o juiz determina o retorno ao MP, o faz para aditamento. Se o princípio que rege a ação penal pública é o da obrigatoriedade, é o MP quem tem que estar atento à culpabilidade de novos elementos que surgem na instrução criminal.

Logo, se a obrigatoriedade existe e a estrutura do processo penal é acusatória, quem tem de agir, nesse sentido, é o Ministério Público, e não o juiz, provocando-o. Tal providência fere a imparcialidade que se exige do magistrado.

Do contrário, se não houver aditamento pelo órgão acusador, o réu deve ser julgado pelo fato descrito e narrado na denúncia, não sendo lícito ao juiz adotar qualquer medida substituidora do referido aditamento. Até mesmo a providência, *ex officio*, de enviar os autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28 c/c § 1º do art. 384 ambos do CPP) não deve ser adotada por ferir a imparcialidade objetiva do magistrado. Nesse sentido, a reforma do art. 384 é inconstitucional quando autoriza o juiz a aplicar o art. 28 do CPP.

O réu se defende dos fatos narrados na denúncia e, se há um pedaço do fato (ou quiçá outro fato conexo) que não foi narrado, não deve o juiz fazê-lo no lugar do Ministério Público.

A providência citada na lei do art. 80 é quanto ao possível desmembramento do processo diante da necessidade de não prejudicar a liberdade do acusado preso que teria, em tese, de aguardar o andamento do processo do corréu.

4.3.E Art. 418 – *emendatio libelli*

“Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.” (NR)

Trata-se de aplicação, no júri, do instituto da *emendatio libelli*, isto é, o juiz corrige apenas o pedido do Ministério Público, sem alterar, um milímetro que seja, o fato descrito na denúncia. Aliás, a reforma feita pela Lei nº 11.719/2008 alterou a redação do art. 383 que expressamente prevê: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

Logo, desnecessária a regra do art. 418, já que o Código tem regra clara no art. 383 e o juiz, se fosse o caso, poderia aplicá-la para corrigir o pedido ministerial.

Se o MP narra um infantício e pede pronúncia pelo crime de homicídio, o juiz quando da decisão de pronúncia corrige o pedido. Como a competência do Tribunal do Júri é para os crimes dolosos contra a vida, o rito será o mesmo, isto é, rito especial do Tribunal do Júri, não havendo prejuízo para o réu. Não se trata de um novo fato, ou de acréscimo do fato descrito, mas sim de corrigenda do pedido, não do fato.

Diante da estrutura acusatória do processo penal o magistrado não pode alterar o fato descrito na denúncia. Ou recebe toda a denúncia, ou parte dela, mas não poderá alterá-la. Caso haja necessidade de aditamento à denúncia para acrescentar um pedaço do fato que ficou faltando, o Ministério Público, titular da ação, o fará, **mas não o juiz**.

4.3.E Art. 421 – libelo (revogado) e sistema da íntima convicção

“Art. 421. Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 1º Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§ 2º Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão.” (NR)

Libelo crime acusatório **era** a peça através da qual o Ministério Público inaugurava a segunda fase do rito processual do Tribunal do Júri, fazendo a imputação penal ao réu e pedindo sua condenação no delito julgado admissível na pronúncia.

Tratava-se de uma exposição escrita e articulada dos fatos apurados na fase do *iudicium accusationis*, que devia o Ministério Público, segundo a doutrina tradicional, da qual, como já dissemos, discordávamos, ser fiel à pronúncia, e não podia dela se afastar, sob pena de nulidade do libelo.

Todavia, o libelo foi revogado pela Lei nº 11.689/2008, que não mais o contempla. Em doutrina sempre houve manifestações contrárias e a favor do libelo.

René Ariel Dotti, redator do anteprojeto de reforma do processo penal de 1994, sempre foi contra o libelo. Citado por Rogério Lauria Tucci, diz:

“Somente o zelo arqueológico com determinadas fórmulas do processo de feição imperial justificaria a manutenção do libelo, como se a simples leitura dessa peça em plenário caracterize um ato de repercussão no espírito dos jurados. Quanto ao requerimento de provas e de diligências, que constitui uma das partes do libelo, o Anteprojeto prevê o exercício de tal faculdade após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia [...] Nenhuma dificuldade, nenhum cerceamento, portanto.

Busca-se, dessa forma, simplificar o procedimento e evitar nulidades.” 85

Rogério Lauria Tucci, a favor do libelo, ensina:

“Sem o libelo definha-se a contrariedade, enfraquece-se a atuação defensiva, desorienta-se a realização da prova oral em plenário e, com isso, desvigorase a quesitação – tudo a negar (isso sim!) a tradição conservadora da instituição do júri.

Por isso que a sua supressão, certamente, desfigurará a secular concepção da pronúncia, que, de ato decisório determinante da viabilidade da acusação, passará a uma autêntica proposição acusatória, transmutando o juiz pronunciante num parcial orientador do julgamento do *meritum causae*, pelo Conselho de Sentença.” 86

A razão está com Tucci.

O libelo era sim uma fonte de nulidade quando o MP não era estruturado em carreira como é hoje. Tínhamos promotores *ad hoc*, antes da Constituição de 1988. Além do que, se a estrutura do processo penal é acusatória, não cabe ao juiz acusar. Se pesquisarmos a jurisprudência, não vamos encontrar muitos acórdãos anulando julgamentos com base em vícios do libelo que justificassem a sua supressão, mas sim por vícios de quesitação, esta sim uma fonte de nulidades. Ademais, o vício, por si só, não justifica a supressão de um instituto. Não são poucas as sentenças anuladas por vício processual e nem por isso se deseja extinguir a prestação jurisdicional.

A supressão do libelo, pela reforma, não trará agilidade nenhuma ao processo, mas sim NULIDADES, po caberá ao juiz estabelecer os limites da acusação, e o MP fará sua sustentação com base na pronúncia. Se estava

ruim com o libelo, ficará pior sem ele. Juiz não acusa. Pronúncia não pode servir de peça acusatória a ser sustentada em plenário pelo MP. Se o juiz, no seu ímpeto acusatório, avançar demais na pronúncia na análise do fato, nula será a pronúncia.

Ora, curiosamente a lei impede que o MP leia a pronúncia como argumento de autoridade (art. 478, I), *in verbis*:

“Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.” (*grifo nosso*)

E aqui fica a pergunta: o que será argumento de autoridade a justificar a nulidade do julgamento?

Argumento é o recurso para se convencer alguém ou para alterar-lhe a opinião ou o comportamento, utilizando-se *da força de personalidade de um indivíduo, ou grupo, que lhe permite exercer influência sobre pessoas, pensamentos e opiniões; ascendência. A autoridade emana sempre de um especialista de reconhecido mérito em dado campo de conhecimento* (Antônio Houaiss).

Será que se o promotor disser:

“Eu não posso ler a pronúncia, mas vossas excelências têm cópia da pronúncia por força do parágrafo único do art. 472 e eu gostaria que os senhores lessem a página 3 dela.” Ou ainda: “Os senhores do júri têm cópia da pronúncia, leiam e irão entender o que quero dizer.”

Isso é argumento de autoridade? Se for, porque então a lei entrega cópia da pronúncia aos jurados? Se o júri não pode ter conhecimento do que diz o juiz, em sua decisão, por que entregar cópia ao Conselho de sentença?

É claro que, pela redação do artigo, a leitura da pronúncia pelo promotor de justiça não pode ser feita como argumento de autoridade, mas poderá ser lida em plenário a fim de que os jurados tenham pleno conhecimento dos fatos objeto de julgamento. Ler, sim, mas usá-la como argumento de autoridade, não.

Enfim... inventaram uma moda que trará, aí sim, nulidades ao julgamento.

Nesse sentido, o libelo que era oferecido e delimitava a acusação permitindo ao MP expor os fatos de forma a possibilitar maior amplitude de defesa foi eliminado. O juiz terá que ser econômico em suas palavras na decisão de pronúncia, como determina a lei.

“Art. 413 [...]

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.” (*grifo nosso*)

Quer dizer: o libelo foi eliminado. O juiz não poderá adentrar a análise dos fatos quando da pronúncia e o MP não poderá usá-la, lendo-a em plenário (frise-se: como argumento de autoridade). Ora, de que a defesa irá se defender? Dos artigos de lei? De quais fatos? Se a defesa é ampla e efetiva, ela só poderá ser exercida na medida em que os fatos lhe são imputados. Seria melhor então permitir, e não vemos problema em que isso ocorra, o MP ler a **denúncia** em plenário.

Quiseram simplificar e fizeram isso: criaram uma (nova) fonte de nulidades: juiz acusando.

Somos, portanto, a favor do libelo. A experiência vai mostrar que seu retorno se dará em breve. Aguardem.

Quanto ao libelo, pode acontecer de o MP oferecer o libelo antes da entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008 (9 de agosto de 2008) e os autos irem com vista à defesa para ofertar a contrariedade após a sua entrada em vigor. O que fazer? Deve-se admitir a contrariedade, sob pena de cerceamento à defesa. Adota-se o princípio da isonomia. Todavia, se a lei já entrou em vigor e ainda não foi apresentado o libelo, ele não mais o será e, conseqüentemente, também não haverá contrariedade e, em plenário, aplicar-se-ão as regras referentes à nova quesitação, por serem mais benéficas ao réu.

Se a reforma quis impedir a análise de elementos que pudessem levar o júri a decidir com base no direito penal do autor, deveria impedir a leitura da folha de antecedentes criminais (FAC) do réu, ainda, extrair dos autos do processo as informações repetíveis contidas no inquérito policial.

Os jurados continuam com o famigerado sistema da íntima convicção que deveria ser extirpado do Código por ausência de motivação na decisão.

In verbis:

“Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

‘Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade, e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.’

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: **‘Assim o prometo.’**” (NR)

Nesse lamentável equívoco (in)constitucional da reforma se continua com a prática da violação do princípio da motivação das decisões judiciais, pois, se o júri é órgão do Poder Judiciário e se toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada, os jurados devem motivar sua decisão; mas, para tanto, o inquérito usado, normalmente, pelas partes em plenário deveria ser extirpado dos autos quando do recebimento da denúncia, mantendo-se apenas as provas chamadas irrepetíveis ou não renováveis.⁸⁷

Flávio Böechat Albernaz ensina:

“Pode-se asseverar, portanto, com tranquilidade, que uma das maiores virtudes do dever de motivar o ato decisório é a de impedir, ou de reduzir ao mínimo, o arbítrio judiciário, consistente em resolver o conflito lastreado em elementos de convicção não conhecidos pelas partes ou que não guardem relação com o fato da vida levado ao processo.”⁸⁸

A decisão de pronúncia sofre a preclusão *pro judicato*, isto é, preclui para o juiz, o que não impede que possa ser alterada se surgir circunstância superveniente que altere a classificação do crime, determinando o juiz a remessa dos autos ao Ministério Público para que este adite a denúncia. Se o réu é acusado de tentativa de homicídio e a pronúncia vem nesse sentido, pode acontecer de a vítima morrer, após a decisão de pronúncia. Deve o magistrado abrir vista ao MP do documento que comprova a morte e este deve aditar a denúncia. Após, o juiz dá vista à defesa para que ela se manifeste sobre o aditamento e, por fim, o juiz adita a pronúncia para incluir o resultado morte. Pensar que o juiz de imediato adita a pronúncia sem que o MP adite a denúncia é violar o princípio da ampla defesa e do contraditório.

O réu pode alegar que não há relação de causalidade entre o fato primário e o resultado morte.

4.3.E Arts. 422 e 423 – despacho saneador, relatório e princípio da oralidade

“Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.” (NR)

“Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

I – ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa;

II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.” (NR)

Há previsão de ser proferida uma decisão saneando o processo na medida em que o juiz verificar que há vícios que o maculam. É importante registrar que tal decisão tem a natureza jurídica de uma decisão interlocutória, mas que não será impugnada através de recurso em sentido estrito, apelação, muito menos de agravo de instrumento, pois as questões nela tratadas não precluem e, portanto, poderão ser alegadas em eventual apelação da decisão do júri, quando do final do julgamento.

Com a supressão do libelo e da contrariedade criou-se uma oportunidade processual para que as partes possam ofertar seu rol de testemunhas, requerer as diligências que entenderem necessárias à sua postulação em plenário e juntar os documentos com o escopo de evitar a incidência do art. 479.

O famigerado *relatório sucinto* trocou de lugar: agora o juiz o faz antes do julgamento e por escrito e não mais em plenário. Peça desnecessária o relatório, pois quem irá se debruçar no relatório do juiz? E para que ele serve? Ninguém e para nada. Ou se serve apenas para quebrar a imparcialidade do magistrado. Se quem exerce a acusação no Tribunal do Júri é o Ministério Público, diante da estrutura acusatória que rege o processo penal, não deve o juiz manifestar qualquer opinião sobre os fatos, mesmo *sem tomar parte da acusação e da defesa*.

A história relevante do processo deve ser contada pelo MP e pela defesa, durante os debates.

Juiz imparcial é falácia e, portanto, não se pode acreditar em sua existência, principalmente no Tribunal do Júri onde o sentimento de raiva ou pena⁸⁹ prevalece sobre os jurados, sobre o juiz e, às vezes, lamentavelmente, no promotor de justiça, que, quando não tem controle emocional e maturidade profissional, assume a causa como se fosse uma questão pessoal, se comportando como se fosse inimigo do réu.⁹⁰

Relatório ou exposição deve ser feito pelas partes durante sua exposição oral. No processo penal o magistrado exerce o papel de garantidor dos direitos e das garantias individuais, pois, ao se estabelecer a separação entre as funções de acusar e julgar, não há outro espaço para ele.

Diz Ferrajoli:

“A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. [...] A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito às partes da causa.” ⁹¹

Alberto Binder, em seu magistério, deixa consignado, quando trata da independência dos juízes, que:

“A independência dos juízes não é uma prerrogativa profissional. Se trata, em realidade, de que os cidadãos, sujeitos passivos da administração da justiça, tenham a garantia de que as pessoas que vão administrar algo de tão graves consequências como o poder penal do Estado, atuem com total liberdade e sem estar submetidos a pressões. Não há que olvidar que é uma garantia prevista em favor dos cidadãos e não em favor dos juízes.”⁹²

Destarte, a reforma da Lei nº 11.689/2008 peca pelo vício da inconstitucionalidade quando quebra a imparcialidade do juiz no Tribunal do Júri, permitindo manifestação por meio do relatório dito sucinto.

Outra questão que melhor deveria ser disciplinada pela reforma é a oralidade no Tribunal do Júri, ou seja, as provas orais devem ser produzidas, *obrigatoriamente*, perante os jurados que devem conhecer todo o perfil das testemunhas, dos peritos e demais pessoas que, porventura, possam ser importantes ao julgamento em plenário.

A prática de realizar a leitura dos depoimentos aos jurados sem que eles possam analisar cada detalhe de cada palavra dita devia ser evitada, possibilitando, assim, que os jurados conhecessem as testemunhas e analisassem o que de importante houvesse para o julgamento. Um olhar inquieto e uma voz trêmula podem ser o suficiente para que o jurado decida de um ou outro modo, dependendo do caso concreto. Uma contradição no depoimento da testemunha é melhor captada pelos jurados se o for de viva-voz.

A afirmativa categórica pela testemunha de que o réu efetuou os disparos de arma de fogo, citados na denúncia, dando certeza, portanto, da autoria (ou até mesmo negando-a), será melhor se o for pessoalmente. A testemunha que se encontra com medo, seja por qual causa for, será ouvida perante os jurados que perceberão seu estado de ânimo.

Nesse sentido, os jurados podem, se quiserem, fazer perguntas, através do magistrado. Tudo será esclarecido perante o juiz natural da causa: o conselho de sentença.

A oralidade devia ser resgatada no plenário do júri, e a Lei nº 11.689/2008, nesse aspecto, peca por não fazê-lo. Se o júri é o juiz natural da causa, os jurados devem ter o direito à produção de toda a prova em plenário e não como hoje ocorre, em que as partes dispensam a oitiva das testemunhas e reproduzem a leitura dos depoimentos em plenário, quebrando a fidelidade dos depoimentos.

O ideal de colheita de provas seria se os jurados pudessem acompanhar todo o processo, desde o seu nascedouro até o plenário, para irem formando seu convencimento com o contato direto com as provas, pois quando chegassem em plenário, no dia do julgamento, já estariam com um panorama probatório idealizado dependendo apenas da sustentação técnica das partes.

4.3.E Art. 424 – a competência do juiz singular para a AIJ

“Art. 424. Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 433 deste Código.

Parágrafo único. Deverão ser remetidos, também, os processos preparados até o encerramento da reunião, para a realização de julgamento.” (NR)

A Lei nº 11.689/2008 mantém o disposto no antigo art. 425, parágrafo único, ou seja, a possibilidade de a Lei de

Organização Judiciária entregar a outro juízo **que não o do Tribunal do Júri** a competência para realizar a, agora, audiência de instrução e julgamento e quando o processo estiver pronto, remetê-lo ao presidente do júri.

É cediço que em alguns Estados da federação as leis de organização judiciária dão competência ao **juiz singular** para o processamento dos crimes dolosos contra a vida e após a pronúncia e preparo do processo para julgamento remetem o processo ao juiz presidente do júri para que realize apenas o julgamento.

Aqui a matéria é constitucional.

“Art. 5º [...]

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;” (*grifo nosso*)

Se a Constituição assegura ao júri a competência para o *julgamento dos crimes dolosos contra a vida* e de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (princípio do juiz natural), não pode a lei ordinária entregar o processamento do fato a outro juízo que não do Tribunal do Júri. Trata-se de competência constitucional que por tal é absoluta, não sendo lícito ao legislador infraconstitucional usurpar a competência do júri.

Destarte, caberá *habeas corpus* para anular, *ab initio*, todos os processos que tiveram a instrução realizada por outro juízo que não o do Tribunal do Júri.

4.3.E Art. 425 – a escolha dos jurados

“Art. 425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população.

§ 1º Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do § 3º do art. 426 deste Código.

§ 2º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.” (*NR*)

A reforma da Lei nº 11.689/2008 mantém o processo de exclusão das *vítimas* quando autoriza o juiz a requisitar todas as pessoas que estão incluídas socialmente no sistema, retirando a legitimidade na escolha dos jurados (cf. item 4.2, *supra*). Nesse sentido, não há inovação, mas repetição do já desgastado processo de seleção

dos jurados, que não passa pelo filtro axiológico da Constituição.⁹³

Era a oportunidade de estabelecer como forma de escolha dos jurados a relação do censo eleitoral, democratizando, o máximo possível, a chamada dos cidadãos a integrarem o Tribunal do Júri (cf. item 5.2, *infra*).

A expressão “*e outros núcleos comunitários*” não será atendida pelo juiz. Nenhum juiz irá (se estivermos errados, ótimo) mandar ofício a associação de moradores de uma favela, ou a uma ONG que realiza um projeto social em um morro ou favela (*Grupo Cultural Afro Reggae, Nós do Morro, Casa da Paz* etc.), para que forneça nomes de pessoas que possam integrar o Conselho de sentença.

O olhar dessas pessoas sobre os fatos da vida é diferenciado. Não será um olhar estigmatizador, preconceituoso ou excludente. Será o olhar da diferença, do respeito ao próximo, o olhar da inclusão social. É isso que se quer no Tribunal do Júri? Claro que não. Então essas pessoas não serão chamadas.

Lista de jurados formada, exclusivamente, por pessoas integrantes, por exemplo, do curso de direito de uma universidade, de militares do Exército (ou da Aeronáutica e da Marinha), de freiras (ou padres) de um convento não tem legitimidade e deve ser impugnada, mediante recurso próprio.

Na medida em que persiste o processo de escolha dos jurados, como o sistema anterior, permanece o processo de exclusão social a negar legitimidade na decisão do júri brasileiro. Mantém-se, assim, uma justiça de classe, partida, sem ética da alteridade (alter = outro). Sustentamos um tribunal para julgarmos os outros, diferentes de nós, e há quem diga que esse tribunal é democrático. *Democracia de e para quem, cara pálida?*

4.3.E Art. 426 – lista de jurados: jurado profissional

“Art. 426 [...]

§ 4º O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído.”

A reforma quis impedir a figura do jurado profissional, ou seja, aquele que integra o corpo de jurados durante todo o ano e em várias sessões, evitando a profissionalização do júri e vícios nas decisões.

Todavia, esquece o legislador que o Brasil não é apenas Rio de Janeiro/São Paulo e Brasília, que existem municípios no interior do País em que há uma dificuldade em se conseguir jurados para compor o corpo de jurados. Com a proibição de que o jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 meses que antecederem à publicação da lista geral ficará dela excluído será impossível, em alguns lugares, formarem o corpo de jurados.

É o legislador sem conhecimento prévio da realidade do País.

4.3.E Arts. 427 e 428 – o desaforamento e o princípio do juiz natural

“Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.”

§ 1º O pedido de desaforamento será distribuído imediatamente e terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma competente.

§ 2º Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.

§ 3º Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada.

§ 4º Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado. (NR)

Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. § 1º Para a contagem do prazo referido neste artigo, não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa. § 2º Não havendo excesso de serviço ou existência de processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, o acusado poderá requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento.” (NR) (grifo nosso)

Desaforamento é “*o ato processual em virtude do qual é o processo submetido ao conhecimento de um foro estranho ao delito*”.⁹⁴

Trata-se de derrogação das regras de competência territorial. O desaforamento é medida de exceção. A regra é que o réu seja julgado perante o conselho de sentença do local do fato.

Todavia, por motivos elencados na lei, pode o julgamento ser deslocado para comarca mais próxima.

Natureza jurídica do desaforamento: trata-se de uma medida de prorrogação da competência territorial. O fato (crime doloso contra a vida) não será julgado por um órgão que não seja o Tribunal do Júri, mas sim pelo Tribunal do Júri de outra comarca.

Requisitos do desaforamento:

o interesse da ordem pública;

houver dúvida sobre a imparcialidade do júri;

houver dúvida sobre a segurança pessoal do acusado; ou

por comprovado excesso de serviço se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

O desaforamento só é aplicável em caso de julgamento do Tribunal do Júri, isto é, não cabe em outros casos afetos a outros juízos. Se no juízo singular ou no tribunal houver risco de que possa haver prejuízo ao julgamento da causa pela publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, resultando escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem pública, 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 (art. 792, § 1º, do CPP).

O desaforamento somente compreende o julgamento, ou seja, não inclui os atos do processo. Não se trata de

medida para retirar o processamento dos atos das mãos do juiz, mas sim, única e exclusivamente, o julgamento do fato.

Não há ofensa ao princípio do juiz natural se os requisitos exigidos em lei estiverem presentes.

Se for concedido o desaforamento pelo tribunal de justiça (ou regional federal), o foro para o qual o processo foi desaforado se torna inderrogável, quer dizer: mesmo que desapareçam os motivos que o autorizaram, o processo não volta para comarca de origem, pois o reaforamento exige os mesmos requisitos do desaforamento.

O art. 428 autoriza um novo tipo de desaforamento: excesso de serviço se o julgamento não puder ser realizado no prazo de seis meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

Trata-se de um tiro no pé do próprio juiz, ou seja, se ele reconhecer que não está dando conta do serviço e que o réu está preso há seis meses desde que ele proferiu a decisão de pronúncia, é causa de concessão da liberdade, via juiz, ou de concessão de HC, pelo tribunal, além de instauração de processo administrativo disciplinar pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, da **CR**) para apurar o porquê de o magistrado não estar cumprindo com seu dever institucional.

Desaforamento por excesso de serviço será o reconhecimento pelo judiciário de sua incompetência, pois se o juiz da comarca **X** está assoberbado de trabalho e precisa entregar um processo ao colega da comarca **Y** vizinha para julgar, o que dizer do juiz da referida comarca.

Os legitimados para requerer o desaforamento por excesso de trabalho são: a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado, menos, como deixa claro a lei, o juiz, pois ele é ouvido nesse requerimento, já que a inércia é dele próprio, não sendo razoável que ele mesmo peça ao tribunal para desaforar um processo por sua falta de trabalho.

Enfim... a reforma acha que esse desaforamento será usual. Qual o réu que quer ser julgado logo no Tribunal do Júri? Somente aquele que o MP já antecipou que irá pedir sua absolvição. Do contrário, quanto mais demorar o julgamento, melhor para o réu.

Algumas questões interessantes sobre o desaforamento.

1ª questão:

Dois réus são acusados de homicídio: os famosos Tício, autor, e Caio, partícipe. Tício interpõe recurso em sentido estrito da decisão de pronúncia e Caio não deseja recorrer, mas entende que cabe o desaforamento pela parcialidade dos jurados. Interposto o **RESE** (recurso em sentido estrito), o pedido de desaforamento deverá ser distribuído à mesma câmara criminal, por prevenção. A câmara não poderá julgar o pedido de desaforamento de Caio enquanto não julgar o **RESE** de Tício. A lei se refere ao mesmo réu interpondo **RESE** e o desaforamento (§ 4º do art. 427), mas é intuitivo que se forem dois réus, a regra é a mesma. Por quê? Porque pode ser que a câmara dê provimento ao recurso por entender que não houve o dolo de matar, por exemplo, o que prejudica a acusação de participação (dolosa) no homicídio e, por via de consequência, o pedido de desaforamento. Não se desafora julgamento de crime que não é doloso contra a vida. Ou ainda, poderá a câmara anular todo o processo diante de um vício insanável reconhecido no **RESE**. Logo, deve aguardar o julgamento do **RESE** para se pronunciar sobre o desaforamento. Julgado o **RESE**, seja do mesmo réu ou de outro, e sendo ele, por exemplo, improvido, julga-se o desaforamento.

Se o tribunal desaforar o julgamento de Caio por entender que os jurados são parciais, claro que a decisão se estenderá a Tício. Os dois serão julgados em outra comarca com jurados imparciais.

Não importa se o **RESE** é do réu e o pedido de desaforamento do MP: o tribunal não poderá conhecer de desaforamento enquanto não decidir o **RESE**. Trata-se de uma questão prejudicial.

2ª questão:

O desaforamento somente poderá ser interposto depois da preclusão *pro judicato* da decisão de pronúncia ou dos acórdãos proferidos nos julgamentos de eventuais recursos. O desaforamento é apenas do julgamento, não do processo.

Pergunta-se: o promotor de justiça da comarca onde há a parcialidade dos jurados pode realizar o julgamento na comarca para onde o processo foi desaforado? Sim, desde que seu colega titular permita e o PGJ o designe (art 24 da Lei nº 8.625/1993). Tratando-se de processo presidido pelo promotor de justiça da comarca onde há a parcialidade do júri ele conhece melhor as provas e é natural que queira fazer o júri, embora não seja obrigado.

4.3.E Art. 429 – pauta de julgamento e o princípio do juiz natural

“Art. 429. Salvo motivo relevante que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência:

I – os acusados presos;

II – dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão;

III – em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

§ 1º Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º O juiz presidente reservará datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado.” (NR)

A pauta de julgamentos é outro problema no Tribunal do Júri que a reforma não resolveu à luz do princípio do juiz natural, pois, como diz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,

“o princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade.

Vale salientar que este princípio está vinculado ao pensamento iluminista e, conseqüentemente, à Revolução Francesa. Como se sabe, com ela foram suprimidas as justiças senhoriais e todos passaram a ser submetidos aos mesmos tribunais.

Desta forma, vem a lume o princípio do juiz natural (ou juiz legal, como querem os alemães) com o escopo de extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado), assim como afastar a criação de tribunais de exceção, ditos *ad hoc* ou *post factum*.

Destarte, todos passam a ser julgados pelo ‘seu’ juiz, o qual encontra-se com sua competência previamente estabelecida pela lei, ou seja, em uma lei vigente antes da prática do crime”.⁹⁵

A pauta do júri deve ser elaborada em nome do princípio do juiz natural, evitando que réus soltos sejam julgados primeiro do que os que estão presos há mais tempo e, principalmente, que jurados que julgaram o corréu possam julgar o outro que ainda falta, mesmo que sejam jurados distintos dos que participaram do Conselho de sentença.

Uma coisa é o conselho de sentença (sete jurados), outra é o corpo de jurados (vinte e cinco jurados), pois entende-se que naquela sessão periódica o réu não poderá ser submetido a julgamento, pois já houve quebra da imparcialidade, na medida em que os jurados, após a quebra da chamada incomunicabilidade, conversam, entre si, sobre o julgamento anterior.

Publicada a pauta com os processos que serão submetidos a julgamento naquele mês, não pode haver alteração, sob pena de se violar o princípio do juiz natural.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho mais uma vez ensina:

“Aliás, pensamento diverso poderia abrir um precedente capaz de possibilitar a escolha de um juiz ‘mais interessante’ para o julgamento de determinados casos, depois desses terem acontecido, segundo critérios pessoais (mais liberal ou mais conservador, por exemplo), o que pode indicar na direção da suspeita da sua imparcialidade (em juízo *a priori*, naturalmente), algo sempre abominado pela reta Justiça e que, como se sabe, serviu de base estrutural ao pensamento da Revolução Francesa, a qual, vitoriosa, editou, como a primeira de suas leis processuais, em 11-8-1789, regramento tendente a vetar qualquer manipulação. Nesse sentido (termina a justiça senhorial), consolidando-se o princípio do juiz natural na Constituição de 1791 e na legislação subsequente.”⁹⁶

A razão de ser da ordem legal da pauta é exatamente o respeito ao tempo de prisão dos acusados e, portanto, a prioridade que deve ser dada aos julgamentos, evitando que seja subtraído do juiz natural do fato/caso penal (**Tribunal do Júri**) determinado processo que estava em pauta e que, arbitrariamente, foi retirado. Ou ainda, colocar aquele que não estava em pauta para ser julgado por aqueles que não foram sorteados para tal.

A garantia do juiz natural, na opinião de Antônio Magalhães Gomes Filho, é dupla: “*proibição da instituição de órgãos jurisdicionais ad hoc, para julgamento de fatos ocorridos antes de sua criação, e a fixação legal e prévia da competência dos órgãos já existentes*”.⁹⁷

É cediço que se um corpo de jurados, em determinado mês, absolve todos os acusados, sem responsabilidade com a justiça, é conveniente para a defesa julgar o réu naquele mês. *A contrario sensu*, se os jurados daquele mês são condenadores, sem o mesmo compromisso com a justiça, é prejudicial ser julgado por tal Conselho, razão pela qual pode um promotor de *acusação* (e não de justiça) querer julgar o réu com aquele Conselho. Para tanto, e com o objetivo de evitar escolha de jurados, a lei estabelece, previamente, ordem de julgamento. Logo, não é possível retirar um processo de pauta e colocar outro, sem uma razão plausível, sob pena de violação do princípio do juiz natural.

Se um réu, por alguma razão, não pode ser julgado dentro daquele mês, esse dia de julgamento ficará vago, salvo se outro réu, do próprio mês, puder ser julgado nesse dia em remanejamento de dias, mas não de pauta do mês.

Do contrário, poderia haver manipulação de pauta e, conseqüentemente, de julgamento, com graves violações aos princípios constitucionais do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório e da igualdade das partes. Já vimos advogados que vão julgar seu cliente no júri naquele mês comparecer nas sessões anteriores para conhecer “o perfil dos jurados” e, percebendo que são condenadores, pedir o adiamento da sessão, alegando um pseudo motivo justo. Se o juiz adiar a sessão, poderá fazê-lo dentro da mesma sessão com os mesmos jurados daquele mês, o que, óbvio, não interessa à defesa.

Essa é a razão pela qual o corréu, em separação de processo, não pode ser julgado pelo mesmo **Conselho**

(sete), ou, mais ainda, por aquele **corpo de jurados** (25), que já conversou sobre aquele caso penal durante seus intervalos em que estão comunicáveis entre si, ou, quiçá, durante o trajeto de volta para casa, após a sessão.⁹⁸

O Código, no art. 449, veda que participe do julgamento aquele jurado que participou no mesmo Conselho deixando entender que, se integrou o corpo de jurados, poderá participar. *In verbis*:

“Art. 449. Não poderá servir o jurado que:

I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;

II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;

III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.” (NR) (grifo nosso)

Tal possibilidade fere o princípio do juiz natural.

Se os jurados forem condenadores ou gostarem de absolver, o juiz manipula a pauta de acordo com os resultados que deseja. A prática de submeter ao mesmo corpo de jurados corréu de processo desmembrado, na escolha de jurados,⁹⁹ fere a imparcialidade do júri, pois o julgamento que for adiado entrará *na mesma reunião periódica*, segundo o Código.

O princípio do juiz natural não é um atributo do magistrado em si, não se refere ao juiz, propriamente dito, mas lhe antecede a própria existência, é essencial à função jurisdicional¹⁰⁰ e, óbvio, aplica-se ao júri.

Destarte, a reforma deixa de constitucionalizar a pauta do júri à luz do princípio do juiz natural, o que não impede o juiz de assim agir.

4.3.E Art. 430 – do assistente de acusação

“Art. 430. O assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar” (NR) (grifo nosso)

O assistente de acusação no processo penal é o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 do CPP.

A natureza da atuação do ofendido no processo penal é de um assistente litisconsorcial atuando como *parte contingente*, ou seja, *como parte não necessária*.¹⁰¹

A função que o assistente exerce é de defender seus interesses patrimoniais no curso do processo penal, visando à obtenção de uma sentença penal condenatória com a delimitação não só do *an debeat*, mas, agora como permite a lei, do *quantum debeat*.

“Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;”

Tanto é verdade que o ofendido visa ao ressarcimento de danos no curso do processo penal que o Código

legitima-o a recorrer sempre que houver decisão de impronúncia e de extinção da punibilidade (art. 584, § 1º, CPP) além da absolvição (art. 598, CPP), ou seja, decisões que impedem um título executório judicial.

Contudo, uma novidade é inaugurada pela Lei nº 11.689/2008, qual seja: o ofendido que tinha que requerer seu ingresso no processo com antecedência, pelo menos, de três dias, salvo se já tiver sido admitido anteriormente, agora somente será admitido se *tiver requerido sua habilitação até cinco dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar*. Quer dizer: houve um aumento pequeno do prazo de três para cinco dias, com repercussões positivas, como: se o ofendido se habilita e junta aos autos prova nova (documentos), deverá ser dada vista à defesa do réu com pelo menos três dias úteis antes do julgamento (art. 479). Ora, se mantivéssemos o prazo de três dias para se habilitar e tal hipótese ocorresse, não haveria tempo hábil para a defesa conhecer do teor da documentação e contraditá-la, se fosse o caso.

Tal prazo de cinco dias é apenas para o ofendido que ainda não se habilitou nos autos como assistente.

Logo, no júri o ofendido poderá ingressar desde o oferecimento da denúncia até cinco dias antes da sessão plenária.

“Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.” (*grifo nosso*)

Registre que a modificação do momento final de ingresso do assistente é apenas no Tribunal do Júri. No rito comum ordinário será, ainda, até a sentença não transitada em julgado.

“Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.”

4.3.E Art. 436 – ser jurado: obrigatoriedade e não direito. Requisitos

“Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

§ 1º Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução.

§ 2º A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado.” (*NR*)

Outro problema não resolvido pela reforma: quem pode ser jurado? Ser jurado deve ser direito fundamental do cidadão e não obrigatoriedade. A Constituição, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, deveria ter um inciso que assegurasse a todo e qualquer cidadão a participação popular no Tribunal do Júri e não apenas como faz o Código de Processo Penal, em que todos que tenham mais de 18 anos e *notória idoneidade*.

Isso, por si só, não é o suficiente para entregar nas mãos do *outro* a vida humana como bem maior que deve ser preservado, sem que haja uma maior responsabilidade de quem julga. O contrário da vida humana é a morte e, se o critério sobre o qual se funda a ética material é a reprodução da vida humana, sua negação é a morte.¹⁰² Logo, respeitar a vida é escolher com responsabilidade ética quem irá integrar o Conselho de sentença para julgar o outro.

Do mesmo modo que criticam o juiz que tem 21 anos de idade, alegando que ele não tem maturidade para decidir sobre a vida de outrem, não pode um jurado ter a tenra idade, agora de 18 anos.

A reforma, portanto, peca pelo vício da inconstitucionalidade quando afronta o princípio da proporcionalidade, pois não é razoável que para elaborar a lei que irá disciplinar o júri no País tenha o senador 35 anos, mas para decidir a liberdade do outro, com base na mesma lei, possa ter apenas 18.

Há que se exigir o mínimo de idade para que possa um cidadão ser jurado, e pensa-se que o quanto é o da capacidade eleitoral passiva para ser Presidente da República.

A formação do corpo de jurados devia ser reformada pela Lei nº 11.689/2008 para estabelecer a idade mínima de 35 anos para ser jurado, estabelecendo uma simetria com a idade mínima para ser Presidente da República. Se só quem é cidadão pode ser jurado, somente o cidadão (capacidade eleitoral ativa) que pode se candidatar a Presidente da República (capacidade eleitoral passiva) poderia ser jurado.

Do contrário, estabelece-se um paradoxo: pode votar para Presidente da República e ser jurado, mas não pode ser candidato a Presidente da República porque não possui a cidadania plena. É cidadão, mas relativamente. Não tem maturidade para ser candidato a Presidente da República, mas vota para que alguém o seja e decide a vida dos outros no tribunal popular.

O Direito é um sistema e como tal deve ser visto e aplicado. Não há como desconsiderar a visão constitucional de sua aplicação. Ou se olha para o todo e se compreende o sistema, ou a parte que se aplica será deficiente.

Nesse sentido, há que se exigir do julgador certa experiência de vida que não se tem aos 18 anos. E aqui que fique registrado: nada temos contra os jovens, apenas estamos interpretando o sistema jurídico como um todo.

O estrangeiro não pode ser jurado porque não goza dos direitos políticos concedidos aos cidadãos brasileiros. O estrangeiro naturalizado brasileiro pode ocupar cargo de juiz, mas não de Ministro do Supremo Tribunal Federal, que é cargo de brasileiro nato, logo poderá ser jurado.

4.3.E Arts. 439/440 e 441 – privilégio de ser jurado: comprovação da exclusão social

“Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.” (NR)

“Art. 440. Constitui também direito do jurado, na condição do art. 439 deste Código, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária.” (NR)

“Art. 441. Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão de júri.” (NR)

Os artigos acima do Código demonstram bem o que é o júri no Brasil: um privilégio, de regra, de poucos funcionários públicos ou profissionais liberais de julgarem os outros e ainda contarem com a vantagem de preferência nas licitações públicas e no provimento de concurso público.

Ora, quantos em um País latino-americano como o Brasil, terceiro mundista, onde a *“pobreza é a impossibilidade de produção, reprodução ou de desenvolvimento da vida humana e falta de cumprimento*

das necessidades, mas também origem de consciência crítica”,¹⁰³ conseguem, de forma expressiva na sociedade, ter vencimento ou salário a fim de não sofrer nenhum desconto? Quantos podem participar de concurso público e licitação para gozar dos benefícios de ser jurado?

Trata-se, portanto, de um privilégio que fere a regra constitucional inserta no art. 3º da CR, tudo a demonstrar o processo de exclusão social que se estabelece no Tribunal do Júri.

A Lei nº 12.403/2011 expurgou o direito à prisão especial a que o jurado tinha direito, se é que isso poderia ser considerado um direito. Não fazia sentido esse “privilégio” aos jurados se ele já havia sido extinto dos outros cidadãos.

Destarte, os benefícios concedidos aos jurados por força dos artigos citados são inconstitucionais por ferirem a igualdade de todos perante a lei e expressarem concessões inadequadas frente a quem já ocupa o serviço público a mais tempo.

4.3.E Art. 447 – composição do Tribunal do Júri

“Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.” (NR)

“Art. 462. Realizadas as diligências referidas nos arts. 454 a 461 deste Código, o juiz presidente verificará se a urna contém as cédulas dos 25 (vinte e cinco) jurados sorteados, mandando que o escrivão proceda à chamada deles.” (NR)

O Tribunal do Júri é composto de um juiz togado e 25 jurados que integram o corpo de jurados, sete dos quais compõem o Conselho de sentença.

A reforma da Lei nº 11.689/2008 perdeu a grande oportunidade de aumentar o número de jurados de sete para doze, como sempre sustentamos ao longo deste trabalho. Se 12 seriam os jurados do Conselho de sentença, 36 seria o número do corpo de jurados. Se 36 jurados integrariam o corpo, 26 jurados, pelos menos, deveriam estar presentes para a instalação da sessão.

O número par dá maior amplitude de defesa, pois a diferença para se obter um decreto condenatório é de dois votos (7×5) e, em caso de empate, a solução mais favorável ao acusado deve ser adotada.

Na medida em que o País fosse mais desenvolvido sob o ponto de vista educacional, poderíamos um dia adotar a maioria qualificada, isto é, 10×2 para um decreto condenatório. Até lá a maioria simples já ajudava a uma melhora do júri.

Imagine um julgamento em que dois são os réus, cada um com seu defensor e não há entre eles acordo quanto às recusas dos jurados. Se comparecerem 15 jurados (art. 463) e cada parte recusar três jurados (a defesa de cada réu e mais o MP), serão nove as recusas, ou seja, sobram seis jurados, não havendo número legal para a formação do Conselho de sentença. Dar-se-á o estouro da urna.

A reforma, portanto, deveria ter aumentado também o número mínimo de jurados à instalação.

Não há uma razão plausível para que haja o aumento do número do corpo de jurados, mas não do número dos integrantes do Conselho de sentença, pois o *estouro da urna*¹⁰⁴ não é algo comum do mundo prático do júri. Logo,

deveria a reforma aumentar, também, o número de jurados do Conselho de sentença, passando para 12 jurados, como sempre foi e é da tradição histórica do júri.

Quanto maior o número de jurados integrantes do Conselho de sentença, maior será a busca do consenso que deverá decidir a sorte do acusado, ou na **infeliz** expressão de alguns doutrinadores: maior será a busca da *verdade real*.

Se houver comunicação entre os jurados e quanto maior for o número de integrantes do Conselho de sentença, mais intervenções entre eles ocorrerão; as discussões serão mais acaloradas; as provas serão melhor analisadas,¹⁰⁵ enfim... o debate diminuirá o risco de uma decisão entre apenas sete, como ocorre hodiernamente.

Nesse mesmo viés, há que se repensar se um único juiz togado (um único homem) teria legitimidade para condenar um réu a uma pena de 15, 20 ou quiçá 30 anos de reclusão (caso da extorsão mediante sequestro com resultado morte: art. 159 do CP conexo com homicídio), ou seja, se esse fato, dentre outros, não deveria ser decidido por um órgão jurisdicional colegiado formado por juízes togados. Penas acima de oito anos (regime fechado), tal órgão colegiado decidiria. Como tal matéria foge da esfera de apreciação, neste trabalho, é apenas um chamado.

Destarte, se 12 seriam os jurados do Conselho de sentença, 36 seria o número do corpo de jurados. Se 36 jurados integrariam o corpo, 26 jurados, pelo menos, deveriam estar presentes para a instalação da sessão.

O número par dá maior amplitude de defesa, pois a diferença para se obter um decreto condenatório é de dois votos (7×5) e, em caso de empate, a solução mais favorável ao acusado deve ser adotada.

O objetivo ao estabelecer um número par de jurados é ter uma maior certeza quando de um decreto condenatório, e quanto maior o número par de jurados, em sendo par, maior a dificuldade, pela simples razão de que a liberdade no Estado Democrático de Direito é a regra, e sua privação, a exceção.

Em verdade, há de entender que se deveria adotar a chamada maioria qualificada, ou seja, com 12 jurados o resultado condenatório somente poderia se dar, pelo menos, por 10×2 , desde que, como já foi dito, os jurados pudessem se comunicar entre si, discutindo e debatendo o fato/caso penal. Assim, eliminar-se-ia a chamada *dúvida aritmética* (Heleno Fragoso), como hoje ocorre quando a votação é por 4 votos a 3, condenando o réu.

4.3.E Arts. 448 a 452 – impedimento, suspeição e incompatibilidade dos jurados

“Art. 448. São impedidos de servir no mesmo Conselho:

I – marido e mulher;

II – ascendente e descendente;

III – sogro e genro ou nora;

IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio;

V – tio e sobrinho;

VI – padrasto, madrasta ou enteado.

§ 1º O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar.

§ 2º Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados.” (NR)

“Art. 449. Não poderá servir o jurado que:

I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;

II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;

III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.” (NR)

“Art. 450. Dos impedidos entre si por parentesco ou relação de convivência, servirá o que houver sido sorteado em primeiro lugar.” (NR)

“Art. 451. Os jurados excluídos por impedimento, suspeição ou incompatibilidade serão considerados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão.” (NR)

“Art. 452. O mesmo Conselho de Sentença poderá conhecer de mais de um processo, no mesmo dia, se as partes o aceitarem, hipótese em que seus integrantes deverão prestar novo compromisso.” (NR)

O Código sujeita os jurados às mesmas prescrições de impedimento, suspeição e incompatibilidades dos juízes togados, ou seja, remete à leitura dos arts. 252 e 254 do CPP.

Todavia, para os jurados, há outros casos expressos no Código.

A união estável entra como regra de impedimento dos jurados. Matéria que até então era tratada pela jurisprudência de nossos tribunais. Por via de consequência, aplica-se à união estável os impedimentos dos ascendentes, descendentes e demais pessoas citadas no art. 448, *caput*, do CPP.

Se o jurado tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior, não poderá fazer parte do julgamento. A regra que existia no revogado art. 607, com interpretação extensiva para todos os casos de anulação de julgamento pelo júri, agora é expressa.

No caso de concurso de agentes, se o jurado houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado, não poderá fazer parte do julgamento. Se o jurado estiver presente poderá haver recusa motivada por qualquer das partes. O cônjuge do jurado que julgou o 1º corréu também não poderá fazer parte do julgamento do 2º corréu. É intuitivo. O Código não trata, mas é como se o mesmo jurado fizesse parte do julgamento do 1º e do 2º corréu.

Se o jurado tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado, não poderá funcionar no Conselho de sentença. Regra de difícil descoberta. Como saber se o jurado quis absolver ou condenar? Somente se o jurado se manifestar nesse sentido. É aquele jurado que em júri anterior, por exemplo, sabendo que na semana próxima irá ser julgado um caso comentado na imprensa ou falado na cidade diz que “esse réu não merece ser condenado”, ou que “esse réu não pode sair do tribunal ileso. Tem que pagar pelo que fez”.

A regra do art. 452 é desnecessária. É claro que se as partes aceitarem e o juiz marcar uma pauta com dois julgamentos, eles poderão ocorrer. Em regra isso ocorre com julgamentos de pedidos de absolvição pelo MP, previamente decidido e acordado a fim de limpar a pauta que está lotada. Ou então, com um júri em que o MP irá pedir absolvição e no outro, a condenação. Faz-se o de absolvição na parte da manhã e o de condenação na parte da tarde.

4.3.E Art. 455 – ausência do Ministério Público à sessão de julgamento: princípio

do promotor natural

“Art. 455. Se o Ministério Público não comparecer, o juiz presidente adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, cientificadas as partes e as testemunhas.

Parágrafo único. Se a ausência não for justificada, o fato será imediatamente comunicado ao Procurador-Geral da Justiça com a data designada para a nova sessão.” (NR)

A estrutura acusatória do processo penal impede que o magistrado realize o julgamento sem que esteja presente o órgão fiscalizador da lei, isto é, o Ministério Público.

A ausência do titular exclusivo da ação penal impede a realização do julgamento que deverá ser adiado, não sendo lícito ao magistrado nomear outro promotor de justiça, muito menos exercer as funções reservadas ao MP.

Comunicado o fato ao PGJ, este não poderá de imediato designar outro promotor para realizar o julgamento sem antes saber as razões que levaram o titular do órgão de execução junto ao júri a não comparecer, sob pena de se assim agir ofender o princípio do promotor natural (cf. art. 25, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993).

O fato de o promotor não comparecer à sessão de julgamento pode dar ensejo a um procedimento administrativo disciplinar junto à corregedoria para apurar se foi uma desídia, ou uma postura ética profissional de resguardo das prerrogativas do Ministério Público.

A Lei Orgânica somente autoriza a designação de um promotor de justiça para o órgão de execução de outro que é titular se houver concordância deste (art. 24 da Lei nº 8.625/1993). Do contrário, haverá ofensa ao princípio do juiz natural.

Vivenciamos situação no Tribunal do Júri em que o juiz errou ao elaborar os quesitos. Pedimos para constar em Ata e o réu foi absolvido. Interpomos recurso de apelação pedindo anulação do julgamento e o tribunal deu provimento ao recurso, mandando o réu a novo julgamento. Na abertura da sessão do segundo julgamento perguntamos ao juiz como ele iria fazer a quesitação e ele respondeu que seria da mesma forma que fez no primeiro julgamento, isto é, com o mesmo questionário.

Pedimos licença e levantamos, nos retirando do plenário, alegando que não faríamos o júri daquele jeito, pois se o tribunal anulou o julgamento por vício de quesitação, não faria sentido realizar o segundo julgamento do mesmo modo. Até porque isso obrigaria a um segundo recurso e terceiro julgamento e tantos quantos fossem necessários.

O juiz achou por bem, diante de nossa postura, se dar por suspeito e pedir para seu tabelar realizar o júri.

Nesse caso, perceba que não se trata de um abandono do plenário, mas sim de uma postura de defesa das prerrogativas do Ministério público diante de uma recusa do juiz em cumprir com o acórdão.

4.3.E Art. 457 – o direito ao silêncio e o não comparecimento do réu em plenário

“Art. 457. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

§ 1º Os pedidos de adiamento e as justificações de não comparecimento deverão ser, salvo comprovado motivo de força maior, previamente submetidos à apreciação do juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 2º Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma

reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor.” (NR)

A regra acima é, pelo menos, salutar. Nesse aspecto a Lei nº 11.689/2008 agiu com acerto quando permitiu a ausência do acusado em plenário, desde que pedido por ele e seu defensor.

O direito constitucional ao silêncio do acusado deve ser entendido como “*um dos direitos fundamentais do ser humano de estar só, pois, o Estado ou qualquer entidade particular não pode, eticamente, violentar a intimidade de quem quer que seja*”.¹⁰⁶ O direito ao silêncio deve ser entendido como um pressuposto do direito de não comparecer à audiência, pois, se o acusado é representado, em juízo, pelo seu advogado e, em comum acordo com ele, resolve não comparecer em juízo, o Estado não pode compeli-lo a fazê-lo, sob pena de obrigar o acusado a depor contra si mesmo.

Não se trata de revelia, mas de não querer comparecer para dizer aquilo que não se quer dizer. A defesa técnica se incumbe da defesa do acusado, logo desnecessária sua presença. Trata-se do que se chama de “*júri de cadeira vazia*”.

René Ariel Dotti, integrante da comissão de reforma do júri que se transformou no Projeto nº 4.900/1995 anterior ao que ora se comenta, se referindo à parte referente ao julgamento sem a presença do réu que redigiu, diz:

“O acusado que respondeu solto ao processo poderá ser julgado independentemente de sua presença física no Tribunal. Trata-se de ampliar a garantia constitucional do direito de calar, desativando uma das usinas da prescrição. Por outro lado, a voluntária ausência pode configurar o exercício da liberdade do réu em contestar a legitimidade do tribunal. Tal hipótese não é absurda: basta considerar que muitos casos de aborto praticado por motivo de relevante valor social ou moral são objeto de reiterada campanha de descriminalização.”¹⁰⁷

Nesse sentido, o Código atual seguiu a mesma linha e com acerto.

O Direito Penal moderno é o direito penal do fato do agente e não do agente do fato, ou seja, o que se pune na lei penal é a conduta humana violadora de uma norma de proibição: não matar, não roubar, não furtar.

Contudo, essa não é a regra no Tribunal do Júri, onde a pessoa do réu, normalmente, influencia na decisão dos jurados e o que se leva em conta são seus aspectos físicos, sua posição na sociedade, sua profissão, seus antecedentes criminais e sociais, tudo, menos o fato. O indivíduo, uma vez sentado no banco dos réus, está estigmatizado.¹⁰⁸

No júri, lamentavelmente, prevalece o direito penal do autor do fato, e não do fato do agente.

Gladston Fernandes de Araújo ensina:

“O acusado deve ser julgado pelo crime que praticou e não pelo estereótipo que a sociedade lhe conferiu nem mesmo pela condição que ostenta na sociedade, sobretudo porque, em meio a uma casta desigual, jamais se poderia utilizar deste subterfúgio: primeiro porque a lei proíbe; segundo, e o mais importante: porque o direito e a moral não autorizam.”¹⁰⁹

Por essa razão, como corolário do direito ao silêncio, o réu, uma vez devidamente intimado, pode, segundo o Código, deixar de comparecer, se assim o quiser, ao plenário do Tribunal do Júri para ser julgado, a fim de que não sejam levados em consideração determinados aspectos pessoais do réu e não do fato. A defesa técnica deverá se

manifestar quanto à necessidade da presença ou não do réu em plenário. Entende-se que é um avanço da reforma da Lei nº 11.689/2008, o qual já se defendia.¹¹⁰

É bem verdade que tanto a acusação como a defesa ficarão em situação um tanto difícil de acusar ou defender uma cadeira vazia, perante os jurados. A acusação porque não conseguirá traçar um perfil do acusado, frente aos jurados, diante dos fatos imputados. A presença do réu, muitas vezes, ajuda a acusação por eventuais reações suas durante o julgamento. Já a defesa terá dificuldades de justificar a inocência de um réu que não quer comparecer para se explicar diante dos jurados, por mais que isso seja direito seu (direito ao silêncio). No imaginário popular dos jurados “*quem não deve não teme*”. A pergunta que será feita pelos jurados será simples: “*se é inocente porque não compareceu para explicar os fatos?*” Não adianta a defesa dizer que o réu tem o direito de não comparecer etc. O júri não entende.

4.3.E Art. 461 – ausência de testemunha e adiamento ou suspensão do julgamento

“Art. 461. O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade de que trata o art. 422 deste Código, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização.

§ 1º Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução.

§ 2º O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça.” (NR)

O adiamento da sessão do Tribunal do Júri pode se dar por diversos motivos legais, um deles é a falta de intimação da testemunha imprescindível às partes. Se a parte, no momento descrito no art. 422, declarou que o depoimento da testemunha é imprescindível, o juiz terá, não comparecendo a testemunha, que adiar o julgamento se ela **não foi intimada**.

Todavia, se a testemunha foi intimada e a parte requereu sua oitiva dando-a como imprescindível, mas ela não compareceu, o juiz deverá suspender a sessão de julgamento e determinar a condução coercitiva da testemunha faltosa.

A questão será sempre saber se a parte, ao arrolar a testemunha, declarou que seu depoimento era imprescindível. Se o fez e a testemunha não compareceu porque não foi intimada, o julgamento será adiado. Se o fez e a testemunha não compareceu, embora intimada, o julgamento será suspenso e a testemunha conduzida coercitivamente.

Se a parte fornece o endereço da testemunha e ela não é encontrada pelo oficial de justiça, que certifica estar ela em *lugar incerto e não sabido*, deverá o juiz dar à parte, que a arrolou, oportunidade de se manifestar quanto a necessidade de se ouvir a testemunha, devendo a parte requerer, ao juiz, que determine as medidas de praxe com o escopo de localizar a testemunha (ofício às companhias telefônicas, ao TRE, às empresas de energia, água etc.).

4.3.E Art. 466 – incomunicabilidade dos jurados

“Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 deste Código.

§ 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

§ 2º A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.” (NR)

A reforma repete a incomunicabilidade dos jurados e aqui se remete ao que foi dito no item 4.1, *supra*.

O juiz presidente não pode ser o mesmo que presidiu todo o curso do processo a fim de se manter sua imparcialidade. Tal providência já existia no Código Criminal do Império, mas não é observada hoje.¹¹¹

Fruto do sistema político autoritário e da sociedade agrária da época,¹¹² a incomunicabilidade impede a discussão do caso, em si, colocando fora do discurso a liberdade do outro, como outro excluído socialmente.

A comunicação entre os jurados é fruto de um agir comunicativo, não habermasiano, mas sim na visão de Dussel, em que a própria linguagem é que coordena a ação pela força consensual do entendimento comprometido, eticamente, com a libertação do indivíduo pobre, excluído dos meios de produção de uma sociedade capitalista. A linguagem, no júri, tem de ser usada em nome da liberdade e da vida do outro, e não do sistema político que sustenta a sociedade dominante.

A reforma processual penal, típica de um País como o Brasil, não pode ser cópia de países do Primeiro Mundo sem que se leve em consideração “*a destruição dos obstáculos que impedem a revelação do outro, do povo latino-americano, que é pobre, mas que não é matéria inerte, pois a Europa não sabe ouvir a voz do outro*”.¹¹³

Logo, a cópia sistemática, como se tem feito, de Códigos ou leis do Primeiro Mundo nem sempre serve ao Brasil, pois não há o compromisso ético libertador da opressão imposta pelos países desenvolvidos.

A incomunicabilidade é o que há de pior no Tribunal do Júri por vedar aos jurados a transparência de seu agir comunicativo, através da ética da alteridade: o respeito ao outro enquanto um ser igual a nós na sua diferença.

4.3.E Art. 468 – recusa imotivada dos jurados

“Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

Parágrafo único. O jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes.” (NR)

A recusa dos jurados é imotivada, isto é, as partes não precisam justificar as razões pelas quais não aceitam aquele jurado. Normalmente se leva em consideração determinados perfis do jurado, como: jurada mulher julgar crime passional em que a ré matou o marido; jurada mulher em que o principal depoimento testemunhal é de uma mulher (a mulher desconfia da própria mulher); jurado que professa determinada fé religiosa e diz que só quem condena é Deus; jurado que integra as Forças Armadas (normalmente é mais severo); jurado idoso que vai julgar

réu idoso (tem a tendência de se transportar para o lugar do outro); jurado que fez estágio com o MP ou com a defensoria pública, durante a universidade; jurado que já manifestou o desinteresse pelo júri e o medo de ali se encontrar; jurado que já manifestou ter sido vítima de crime (normalmente tem ódio de qualquer réu); jurado que tem parente condenado pela justiça (em regra tem raiva e desprezo pelo sistema judicial e tende a absolver).

Outro detalhe importante a ser observado no jurado para fins da recusa é seu modo de vestir e cuidar do seu asseio pessoal e sua aparência física (barba, tatuagem, cabelos grandes ou pequenos, uso de tênis ou sapatos, ternos ou calças jeans, saias ou vestidos, decotes ou golas até o pescoço), levando as partes a identificarem uma pessoa conservadora ou liberal, embora não haja uma matemática, pois atrás de um homem tatuado e cabeludo pode haver um conservador com as questões criminais.

O ideal seria as partes contarem, durante o momento das recusas, com um profissional da área da saúde, como, por exemplo, um psicólogo ou psiquiatra para identificar o perfil desse ou daquele jurado. Claro que isso seria ótimo se os jurados fossem escolhidos através de uma entrevista com as partes que poderiam, no dia da sessão, fazer perguntas pessoais aos jurados, antes de aceitarem ou não o jurado sorteado.

4.3.E Art. 469 – concurso de agentes: julgamento primeiro do executor, depois do partícipe

“Art. 469. Se forem 2 (dois) ou mais os acusados, as recusas poderão ser feitas por um só defensor.

§ 1º A separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de 7 (sete) jurados para compor o Conselho de Sentença.

§ 2º Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato ou, em caso de coautoria, aplicar-se-á o critério de preferência disposto no art. 429 deste Código.”
(NR)

Nesse particular aspecto, a reforma inova quanto ao concurso de agentes em que uma das partes deseja julgar primeiro o partícipe para depois submeter a julgamento o autor (executor). Contudo, pelo artigo em comento, necessariamente, será julgado primeiro o autor e depois o partícipe, se for o caso, desaparecendo o desmembramento em decorrência da incompatibilidade das recusas como no antigo art. 461.

Surge um problema: o direito de o partícipe ser julgado primeiro que o autor, a fim de se livrar da pretensão acusatória, pois na medida em que o autor é condenado, pouca sorte restará ao partícipe. Qual o critério adotado pela reforma para estabelecer a ordem? Se a ordem estiver estabelecida na denúncia e, consequentemente, na decisão de pronúncia, não restará dúvida de que, se a lei dispuser assim, assim deverá ser. Contudo, pelo simples fato de ser autor, não há razoabilidade diante do princípio da isonomia. Se há defesas conflitantes, não há razão para que o executor seja julgado em primeiro lugar, pois isso fere o princípio de que todos são iguais perante a lei.

Ademais, imagine-se um caso em que uma das defesas coloca o outro réu em situação, quando não muito, delicada ou, quiçá, prejudicial. Exigir, nesse caso, que os dois acusados sejam julgados juntos, ou, se houver desmembramento, que o executor seja julgado em primeiro lugar é atentar contra o direito de ampla defesa. Nesse caso, poderá o juiz aplicar o art. 80 do CPP, analogicamente.

Se a hipótese ocorrer e a defesa do partícipe requerer ao juiz que seja julgado em primeiro lugar, em não

havendo oposição do executor, não há óbice que assim o seja. Do contrário, em havendo oposição da defesa do executor, o juiz deverá decidir nos termos do que diz a lei: primeiro o executor, depois o partícipe. Em sendo dois executores, cumpra-se a regra do art. 429. A prova de um dos executores poderá ser mais forte do que a do outro, ou vice-versa. Ou quiçá, serem iguais.

A situação é inovadora e por dizer respeito ao direito de ampla defesa e ao contraditório deve ser bem cuidada pelo magistrado e pelas partes a fim de não acarretar um vício processual com a consequente sanção de nulidade.

A questão, portanto, trará controvérsias na doutrina e na jurisprudência pátrias e deverá exigir do STF uma definição quanto a sua constitucionalidade.

4.3.E Art. 471 – estouro da urna

“Art. 471. Se, em consequência do impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa, não houver número para a formação do Conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, após sorteados os suplentes, com observância do disposto no art. 464 deste Código.” (NR)

No júri, pode acontecer de não haver número suficiente para compor o Conselho de sentença em face das recusas, impedimentos, suspeição e dispensas dos jurados acarretando o chamado “ESTOURO DA URNA”.

Nesse caso, o magistrado designa nova data para a sessão de julgamento com a chamada de novos jurados suplentes que não poderão ter feito parte de julgamento anterior do mesmo réu ou de seu corréu.

4.3.E Art. 472 – sistema da íntima convicção

“Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.” (NR)

Esse dispositivo do Código conjugado com seu art. 486, onde estão a afirmativa “sim” e a negativa “não”, corrobora o vetusto sistema da íntima convicção do júri, em verdadeira afronta ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

Julgar de acordo com a *consciência e os ditames da justiça significa o quê e como deve julgar*, mas ao dizer “sim” ou “não” não motiva a decisão. No sistema da íntima convicção, “*o juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critério de avaliação das provas. A intuição da verdade adquire grande prestígio*”.¹¹⁴

O júri é composto pelo juiz presidente e pelo Conselho de sentença, sendo que o fato e o direito são decididos

pelos jurados, mas a sanção, se houver, ou a sentença absolutória, é proferida pelo juiz. Logo, se decisão de mérito há, deve esta ser motivada, pois a motivação tem a finalidade de estabelecer limites ao exercício do poder jurisdicional, sendo, portanto, uma garantia do cidadão contra o arbítrio do poder estatal.¹¹⁵

Não faz sentido que o poder emane do povo e seja exercido em seu nome, por intermédio dos seus representantes legais, mas quando diretamente o exerça não o justifique para que possa lhe dar transparência. Todos os atos do Poder Judiciário devem ser motivados e o júri não pode fugir dessa responsabilidade ética.

Flávio Böechat Albernaz ensina:

“Esse sistema, ao desobrigar o julgador de demonstrar a consonância da sua decisão com a verdade obtida pela atividade contraditória, dialética, das partes, extingue qualquer fronteira porventura existente entre a discricionariedade e a arbitrariedade na atividade jurisdicional, possibilitando aos integrantes do Conselho manipular os fatos e o direito como melhor lhes aprobeite, julgando o fato da vida a eles apresentado, consoante critérios puramente subjetivos, pessoais e, quando não, formar o seu convencimento a partir de elementos não só estranhos aos autos, mas estranhos, inclusive, ao ilícito que ao acusado se imputa. Faz, em outras palavras, dada a natureza instrumental do dever de motivar adequadamente, letra morta os princípios garantidores de um Direito Penal da liberdade, em especial, o princípio da estrita legalidade; torna inúteis e mero exercício de retórica os princípios fundamentais de um modelo processual penal acusatório, garantista.”¹¹⁶

O sistema da íntima convicção é o que há de mais retrógrado no júri, pois o acusado e a sociedade não sabem os motivos daquele ato de império, seja absolvendo ou condenando. Em verdade, a razão é histórica, pois no Tribunal do Júri, quando do seu surgimento, todo mundo conhecia tudo, logo não havia o que fundamentar. “*O júri devia decidir se o acusado era culpado ou não conforme o que sabiam do caso, sem ouvirem testemunhas ou admitirem outras provas; o júri é que era a prova dizendo a verdade* (vere dictum – veredicto).”¹¹⁷

Contudo, na sociedade atual não mais há espaço para uma decisão sem arrimo e justificativa em qualquer meio idôneo de prova, razão pela qual **se deve refutar o sistema da íntima convicção**.

É imperioso ressaltar também que, se os jurados devem motivar suas decisões, há que se estabelecer um prazo para que tal *veredictum* seja dado, ou seja, os jurados, uma vez a sós, na sala especial, devem ter um tempo, estabelecido por lei (e aqui mais uma falha da reforma), para proferir decisão de mérito, não sendo lícito ultrapassar o tempo previsto. Nesse caso, o prazo não poderia ser superior a duas horas e meia, sob pena de dissolução do Conselho de sentença e nova data de julgamento com novos jurados. No novo julgamento, caso persistisse a indecisão, o réu seria absolvido, ou seja, aplicar-se-ia o princípio do *in dubio pro reo*.

Os jurados, durante o tempo de duas horas e meia, discutiriam as provas produzidas no curso do julgamento, analisando, por exemplo, os depoimentos prestados em plenário; as perícias e os exames médicos realizados e discutidos entre as partes; os objetos, porventura, usados na prática do crime e demais peças que integram o processo. Tudo dentro da dialética necessária à fundamentação da decisão do Conselho de sentença.

E mais: todo jurado se manifestaria expondo seu ponto de vista acerca dos fatos discutindo com seus pares e eliminando toda e qualquer dúvida que pudesse existir. Um influenciando, ou não, o outro, mas sempre de forma democrática e transparente. A influência é tida como maléfica por alguns autores, mas ela é da essência da democracia. Nas eleições periódicas para os cargos eletivos, também há influência entre as pessoas para se votar nesse ou naquele candidato e nem por isso as eleições são ruins.

Nenhum meio lícito de prova deixaria de ser pesquisado pelos jurados, enquanto na sala especial. As provas declaradas **ilícitas** pelo juiz togado seriam lacradas e, conseqüentemente, vedada sua apreciação pelos jurados que, como deveriam fundamentar suas decisões, não poderiam fazê-lo com base nesse tipo de prova.

Tudo dentro de um prazo razoável de duas horas e meia para que cada jurado pudesse externar suas convicções. Trata-se do consectário lógico do princípio do devido processo legal, ou seja, direito a um julgamento dentro de um prazo razoável¹¹⁸ e de forma isonômica, pois, se as partes têm o prazo de duas horas e meia (1h30 de fala mais 1 hora de réplica – art. 477) para os debates, é natural que os jurados tenham o mesmo prazo para julgar o caso penal.

O primeiro jurado sorteado seria o porta-voz do grupo e votaria em último lugar. Dado o veredicto, o Conselho de sentença, em plenário, através do porta-voz, leria a decisão a que o júri chegou. Se necessário, aplicar-se-ia a regra do art. 217 do CPP, retirando o réu da sessão para que os jurados não se sintam constrangidos na hora da leitura da decisão.

Nesse sentido, a reforma perdeu a oportunidade de adequar o júri à Constituição, mas motivação só haverá com a comunicabilidade entre os jurados. Júri é linguagem e linguagem sem o ato da comunicação não é discurso.

Se o que se coloca em questão no júri é a existência de razões que justifiquem as pretensões é porque as próprias pretensões de validade são colocadas em dúvida. *“Se aquilo de que se duvida é a existência de razões, o falante só pode desempenhar sua pretensão oferecendo razões, isto é, argumentos. O contexto de interação em que falantes e ouvintes trocam argumentos é o Discurso.”*¹¹⁹

Júri sem discurso é tudo menos júri, inclusive, na sala especial de julgamento (art. 485).

4.3.E Art. 473 – a inquirição direta das testemunhas e o princípio acusatório

“Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§ 1º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo.

§ 2º Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

§ 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.” (NR)

A Lei nº 11.689/2008 deixou clara a opção pelo sistema acusatório quando permite às partes se dirigirem direta e pessoalmente às testemunhas e fazer perguntas, acabando com o sistema presidencialista que sempre vigorou no júri, que tanto prejudicava o princípio da imparcialidade do juiz.

Aqui há que se fazer um registro: a lei muda, mas o que precisa mudar é a mentalidade do operador jurídico. Não adianta nada mudarmos a lei se o juiz não quer aceitar a mudança e continua fazendo como sempre fez. É a mentalidade do promotor de justiça quem tem que mudar. É o advogado quem tem que exercer seu papel de defensor do réu, mesmo que desagradando o juiz. Enfim...

Pergunta que não quer calar: por que na primeira fase (art. 212) o juiz não inicia perguntando a testemunha e em plenário ele se dirige a ela e pergunta?

Na primeira fase, a colheita da prova é para que o juiz profira ou não a decisão de pronúncia. Na segunda, em plenário, a prova é para os jurados decidirem. O juiz apenas aplica a pena. Logo, pode ele se dirigir às testemunhas e fazer perguntas, em plenário, porque sua imparcialidade não estará comprometida.

Já quanto aos jurados, eles podem fazer perguntas, mas através do sistema presidencialista que só funciona para eles, exatamente para não quebrarem sua imparcialidade.

O juiz deve, quando o jurado quiser perguntar, pedir para que o faça por escrito a fim de não revelar, às partes, seu voto ou sua linha de pensamento. Se a pergunta for reveladora do voto, o juiz não a lê, evitando a anulação do julgamento.

É importante que o juiz, quando da seleção dos jurados, converse com todos que funcionarão no Conselho de Sentença explicando que um gesto, um olhar, uma expressão facial, negativa ou positiva, pode anular o júri por ser reveladora de seu voto ou do seu pensar sobre a palavra das partes.

4.3.E Art. 474 – interrogatório do acusado e uso de algemas

“Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§ 1º O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.

§ 2º Os jurados formularão perguntas por intermédio do juiz presidente.

§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.” (NR)

O interrogatório do acusado recebeu um tratamento também diferenciado no plenário do Tribunal do Júri. Há uma diferença entre o interrogatório realizado na primeira fase e o realizado em plenário.

Na primeira fase, o juiz exerce a direção e presidência do ato (art. 188). Em plenário do júri, as partes podem fazer perguntas diretamente ao réu, sem intervenção do juiz.

Qual a razão do tratamento diferenciado dado pelo legislador?

Não há. Trata-se da famigerada reforma parcial. Faz-se um remendo aqui, outro ali e sai esse monstro que é a Lei nº 11.689/2008.

Moral da história: na primeira fase há intervenção do juiz no interrogatório. Em plenário, as partes podem se dirigir diretamente ao réu que pode ficar calado quanto às perguntas do MP e só responder às perguntas do juiz e da defesa. Ou só às da defesa e dos jurados. Ou só dos jurados. Ou, por último, de ninguém, exercendo o direito de permanecer em silêncio.

O Código veda o uso de algemas, em plenário e aqui a reforma deu um tiro no pé, evitando que as algemas usadas pelo acusado em plenário sejam mencionadas, pelo MP, como argumento de autoridade a fim de influenciar o Conselho de sentença e causar maiores constrangimentos e humilhações ao acusado. Em verdade, a defesa também

não poderá usar “a retirada de algemas do réu” como argumento de autoridade em sua fala.

Diz o art. 478, I:

“Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.” (grifo nosso)

As algemas são, em regra, instrumentos metálicos que, colocadas no pulso, nos tornozelos ou nos dedos polegares (impedem que o preso com os dedos e um arame possa, por exemplo, abrir as algemas), evitam que o preso possa oferecer resistência, fugir ou atentar contra a vida de alguém, ou quiçá, a sua própria vida.

São instrumentos constituídos basicamente por duas argolas interligadas que devem ser usados não só quando há risco de fuga ou resistência à prisão, mas principalmente quando o preso possa atentar contra a vida dele próprio, por vergonha da situação que está passando ou qualquer outro desequilíbrio mental e emocional. Saber o que se passa na cabeça de um preso é tarefa que não compete ao policial, nem ao juiz, somente a Deus.

Ninguém duvida de que um traficante de drogas possa resistir à prisão, mas ninguém também acredita que um devedor de alimentos possa se envergonhar de ser preso perante seus familiares, amigos e vizinhos e atentar contra sua vida. Já vimos isso quando no exercício de nossa vida de policial civil, há mais de 20 anos.

O Código de Processo Penal, além do art. 474, § 3º, não tem outra regra específica sobre o tema, se limitando a dizer em seu art. 284 que: “*Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.*”

A Lei de Execução Penal apenas se refere no art. 199 que:

“O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.”

E até hoje o decreto não saiu.

No Código de Processo Penal Militar há uma disciplina melhor da matéria, *in verbis*:

“Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.

Emprêgo de algemas

1º O emprêgo de algemas deve ser evitado desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.”

Todavia, com a reforma da Lei nº 11.689/2008, está vedado o uso de algemas em plenário do júri.

Perceba que o CPPM e o art. 474, § 3º, do CPP são os que falam em uso de algemas e por que devemos usá-las, porém deixam em aberto quando dizem *desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso*, ou *salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes*, respectivamente, e aqui fica a pergunta: quem será o “juiz” dessa

avaliação? Quem exercerá essa discricionariedade para decidir quando há perigo de fuga ou de agressão por parte do preso? Como adivinhar o que o preso está pensando?

É óbvio que só há um profissional com experiência em segurança para fazer essa análise: o policial.

É o policial, uma vez solicitado, quem deve dizer ao magistrado, quando da audiência, que as algemas, no caso concreto, podem ser retiradas do preso por não oferecer ele nenhum perigo à prática do ato. É uma análise que cabe à escolta do preso, e não ao juiz, embora a decisão seja deste. Quem entende de segurança é o policial, não o juiz (muito menos o promotor de justiça). Quem convive com o comportamento do preso no presídio ou na carceragem da delegacia é o policial, não o juiz.

Contudo, é o juiz quem decide, óbvio (art. 497, CPP), mas deve consultar a escolta para evitar problemas. Cada caso será avaliado separadamente pelo juiz e de tudo fará constar em ata. A decisão é do magistrado e não poderia ser diferente, mas a consulta à escolta é salutar e pode evitar problemas.

Se o preso, pelo seu próprio comportamento e perfil, demonstra que não vai resistir à prisão ou fugir, muito menos atentar contra a vida de quem quer que seja, deve ser julgado, em audiência, sem algemas. E o magistrado é o “Senhor dos Anéis” dessa decisão. Se o magistrado resolver determinar a retirada das algemas do preso sem consultar ninguém, assim deverá ser feito. É ele quem preside a sessão de julgamento e, portanto, exerce o poder de polícia do julgamento.

“Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

I – regular a polícia das sessões e prender os desobedientes;

II – requisitar o auxílio da força pública, que ficará sob sua exclusiva autoridade;”

É bem verdade que abusos são cometidos por parte de determinados policiais. Pessoas de idade avançada e ocupante de determinados cargos, sejam públicos ou privados, são presas em megaoperações policiais, algemadas e filmadas para toda a rede de TV do País. É a pirotecnia policial, que deve ser evitada. No mais, há que se ter equilíbrio e bom-senso. O Direito nada mais é do que bom-senso.

Há um caso ocorrido no Rio de Janeiro em que a polícia foi prender um homem de 85 anos por formação de quadrilha, corrupção e outros crimes e, quando chegou em sua casa, mandou-o deitar no chão para algemá-lo e ele disse: *“se eu deitar, nunca mais me levanto, por favor, não faça isso”*. O policial caiu em si e percebeu que era um exagero e o deixou em pé, mas o algemou, também desnecessariamente.

Em outro caso, um adolescente de 17 anos foi preso e algemado com três algemas de plástico. Desvencillhou-se das algemas, tomou a arma do policial e o alvejou com três tiros. O policial ainda ferido conseguiu tomar a arma do adolescente e o matou. Socorrido, o policial não resistiu aos ferimentos e também morreu.

Em uma situação normal alguém perguntaria: *para que algemar um garoto de 17 anos?* Para evitar a morte de ambos, policial e garoto.

Em doutrina, há respeitadas opiniões que são contra nossa posição e a citamos por amor ao debate e respeito ao leitor que quer se informar.

Mirabete ensina:

“Não há dúvida sobre a necessidade de regulamentação, pois o uso desnecessário e abusivo de algemas fere não só

o art. 40 da Lei de Execução Penal, como também o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, que impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do preso. Constitui-se nessa hipótese injúria e castigo, tratamento degradante e desumano da pessoa sob guarda ou custódia.

Há, porém, necessidade do emprego de algemas como instrumentos de constrição física nas hipóteses de resistência à prisão, de tentativa de fuga, de condução de pessoa presa, condenada ou custodiada, à presença de alguma autoridade ou no transporte para estabelecimento penal ou qualquer lugar, quando houver ameaça à segurança pública ou individual, de internados que possam causar risco à integridade física ou de terceiros.

Exige-se que o uso de algemas seja disciplinado em caráter geral e uniforme, não podendo ser considerado como habitual e costumeiro nem ficar ao critério de eventuais chefias e comandos de policiais incumbidos da diligência de escolta ou captura.”¹²⁰

Feu Rosa vem no mesmo sentido, *in verbis*:

“A lei veda, terminantemente, aos órgãos de execução penal, bem como aos funcionários dos estabelecimentos prisionais, a divulgação de fatos ‘que perturbem a segurança e a disciplina’, bem como que ‘exponham o preso a inconveniente notoriedade’.

O mesmo se dá com o uso de algemas, que só deve ser imposto em casos absolutamente necessários, por representar uma violência humilhante.”¹²¹

No âmbito do magistério, há o artigo do renomado advogado e professor fluminense **Ubyratan Cavalcanti**, a quem devotamos respeito e admiração, que nos foi enviado por *e-mail*, que também advoga o entendimento de que o uso de algemas fere a dignidade da pessoa humana. Diz o renomado advogado:

“Constata-se, com facilidade, que o emprego de algemas por parte de autoridades policiais e seus agentes tem se revelado uma constante e, por que não dizer, um abuso intolerável, em determinadas ocasiões, traduzindo-se até mesmo em prática desumana e degradante.

O emprego de algemas, quando desnecessária a força, pode caracterizar tortura, senão física e psíquica, como também desrespeito à integridade moral do preso ou conduzido.”¹²²

O Desembargador do TJSP e professor da Academia de Polícia de São Paulo Ricardo Cardoso de Melo Tucunduva assim se manifestou:

“Diante desses mandamentos legais, podemos concluir que são estas – e só estas

- as hipóteses que permitem a utilização de algemas:
- se o preso for de conhecida periculosidade;
- se o preso oferecer resistência à prisão ou tentar fugir;
- se terceiro oferecer resistência à prisão da pessoa que deva ser legalmente presa;
- se o preso tentar agredir alguém ou lesionar a si próprio.

Essas mesmas regras devem ser obedecidas no caso de remoção de presos, para realização de trabalhos policiais ou judiciais aos quais eles devam estar presentes (como acareações, audiências, julgamento pelo Tribunal do Júri etc.).

E, realmente, é preciso restringir ao máximo o emprego de algemas, porque a prática possui enorme carga negativa, derivada da ideia de desonra que transmite, coisa incompatível com a dignidade humana, que é direito fundamental de todos, segundo o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Em suma, o emprego de algemas não é regra, é exceção, e só pode ser admitido como forma de garantir a segurança social, a aplicação da Lei Penal e a integridade física dos que circundam a pessoa legalmente presa, ou a dela própria.” 123

Por último, o STF (em 7 de agosto de 2008) anulou um julgamento de um acusado por homicídio (art. 121, § 2º incisos II – motivo fútil –, III – meio cruel – e IV – mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, além do art. 10 da Lei nº 9.437/97) porque em plenário, durante o julgamento no Tribunal do Júri, ele permaneceu algemado. Abaixo transcrevemos trechos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio de Mello:

“*HABEAS CORPUS* 91.952-9 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACIENTE(S): ANTÔNIO SÉRGIO DA SILVA

IMPETRANTE(S): KATIA ZACHARIAS SEBASTIÃO E OUTRO(AS)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na Lei de Execução Penal – nº 7.210/84 –, bem se revelou o caráter excepcional da utilização de algemas, instando-se o Poder Executivo à regulamentação no que previsto, no artigo 159, que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. Se, quanto àquele que deve cumprir pena ante a culpa formada, o uso de algemas surge no campo da exceção, o que se dirá em relação a quem goza do benefício de não ter a culpa presumida, ao simplesmente conduzido, indiciado ou mesmo acusado que responda a processo-crime?

Pois bem, se fica excluída a utilização da algema, seja qual foro quadro, quanto a essas pessoas, o que se dirá no tocante àquele que, vindo sob a custódia do Estado há algum tempo, já se encontra fragilizado e comparece ao tribunal para ser julgado?

A ausência de norma expressa prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e as mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera.

É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados. A Lei em comento – nº 4.898/65, editada em pleno regime de exceção – no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cercear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder – alínea ‘a’ – e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei – alínea ‘b’.

Não foi apontado, portanto, um único dado concreto, relativo ao perfil do acusado, que estivesse a ditar, em prol da segurança, a permanência com algemas.

Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão.

Concedo a ordem para tornar insubsistente a decisão do Tribunal do Júri. Determino que outro julgamento seja realizado, com a manutenção do acusado sem as algemas.”

Diante da repercussão da decisão no meio jurídico, o STF resolveu editar uma súmula vinculante disciplinando a matéria, *in verbis*:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” (*grifo nosso*)

Data venia das posições doutrinárias e jurisprudenciais acima, **ousamos discordar**.

Estão confundindo algemas, grilhões e outros instrumentos usados para punir no passado com a necessidade de usar de mecanismos para evitar eventuais problemas no tocante à transferência de presos, ou sua permanência nas audiências.

Anular um julgamento de um homicida pelo fato de estar ele com algemas é desconsiderar que isso ocorre em todos os países do mundo e que em nada avilta mais o acusado do que o cerceamento ao direito de defesa e ao devido processo legal que, em muitas vezes, a ele é negado.

No sistema judicial americano, por exemplo, o processo penal é pautado pelas 4ª e 5ª emendas constitucionais, e o preso entra em audiência algemado pelos pés e pelas mãos e o seu julgamento é perfeitamente válido, desde que os jurados não vejam as algemas.

O critério estabelecido nos diplomas legais antes citados deixará sempre margem a dúvidas, isto é, quando será necessário o uso das algemas por ser *indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso*.

No caso citado no HC do STF, a juíza do caso constou da Ata de Audiência o indeferimento do pedido de defesa, justificando o porquê de seu ato. Com a súmula, se a justificativa da juíza não convencer, ela pode ser processada, administrativa e penalmente.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais do preso não colide com o uso de algemas em plenário. Se o acusado está preso, ele entra algemado em plenário. Se está solto, ele entra sem algemas. Se a própria escolta, por advertência do juiz, entender que é possível retirar as algemas, assim o fará por determinação do juiz, mas não que isso, por si só, ofenda garantias constitucionais. Tudo deverá constar em Ata.

De nada adianta entender que o preso não pode ficar algemado em audiência e permitir que o juiz seja o gestor da prova no processo penal (art. 156, com a redação da Lei nº 11.690/2008). De nada adianta entender que o preso não pode ficar algemado em audiência e negar a ele o direito de ser defendido por defensor de sua inteira e livre confiança (art. 265, § 2º), sem contar que quando ele escolhe o advogado de sua inteira e livre confiança, o mesmo não é um advogado afeto à matéria penal, e o juiz deixa, mesmo assim, o causídico realizar a defesa em plenário, ou melhor, tentar fazer a defesa. De nada adianta que se expeça mandado de busca e apreensão genérico. De nada adianta entender que o preso não pode ficar algemado em audiência e permitir que ele permaneça em uma solitária no presídio. Enfim, poderíamos ficar aqui enumerando violações graves que ocorrem diariamente no processo e com a vida do preso e não se dão conta.

Em verdade, o que se quer dizer é o seguinte: “*vocês sempre algemaram pessoas da outra sociedade e nós*

nunca nos importamos porque isso nunca foi problema nosso. Agora, ultimamente, vocês começaram a algemar pessoas da nossa sociedade e isso sim é problema nosso e com isso não concordamos”.

Que sejam postas as algemas, mas nos outros, não em nós. Como não posso adotar uma decisão para nós e outra para os outros, adoto uma só me protegendo. É isso. O direito funciona assim. É eletista, é excludente, é seletivo e, por isso, não tem ética da alteridade.

Com a súmula vinculante a Polícia só poderá algemar o detido quando este oferecer resistência, ameaçar fugir no momento da prisão ou tentar agredir os agentes de polícia ou a si próprio. Dessa forma, ausentes os requisitos acima, o suspeito deve ser preso sem algemas, sob pena de o Estado ser processado civilmente e os agentes responderem administrativa, civil e penalmente. Além disso, o APF ou o ato processual da prisão pode ser anulado.

Cria-se, com a súmula vinculante, um novo vício jurídico: o vício do uso de algemas que acarreta a sanção de nulidade do ato prisional. A autoridade policial deverá justificar, por escrito, o uso de algemas no preso, sob pena da responsabilidade dita na lei. O problema será se a justificação da autoridade policial convencerá a autoridade judiciária que é quem exercerá o papel fiscalizador da legalidade ou não do seu uso. Em outras palavras, inventaram mais uma maneira de anular o APF ou a decisão judicial daqueles que não podem ser presos, mas se forem, que não sejam algemados.

Algema e “camburão” sempre foram para pobre e não para *Colarinho-Branco*.

Em verdade, a súmula não proíbe o uso de algemas, mas sim disciplina seu uso e estabelece os casos em que se deva usá-la. A questão será a discricionariedade que deverá ser usada para identificar quando, por exemplo, há perigo à integridade física própria ou alheia. Isso é relativo e depende de cada caso concreto. O medo é que descubram isso quando alguém já estiver morto, ou em uma situação menos pior o preso já estiver em fuga.

Com a súmula, quem se sentir prejudicado poderá reclamar direto ao STF, que “*anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso*” (art. 103-A, § 3º, da CR).

Cumpra-se a súmula.

É comum o preso do sistema penitenciário, pelo menos no Rio de Janeiro, chegar ao fórum com a camisa verde do sistema com a inscrição **SEAP** (Secretaria de Estado de Administração Penitenciária), ou seja, com o uniforme que o identifica e por que não dizer, que o estigmatiza. Daqui a pouco vão dizer que ele não pode ser julgado com essa camisa porque isso o avilta. Sem contar o dia em que vão querer algemar a vítima e aí já será tarde demais.

No Rio de Janeiro já houve discussão acerca do lugar do promotor de justiça que, segundo diziam, era privilegiado: ao lado do juiz. E que o réu não devia sentar naquela cadeira porque o estigmatizava, podendo sentar em qualquer lugar. A discussão foi ao STJ, que assegurou o lugar do MP ao lado do juiz, como diz a Lei Orgânica do MP. É como se o réu fosse a cadeira, e não o homem, e quem sentasse na cadeira estaria sendo réu e, se o réu sentasse na cadeira do promotor, estaria deixando de ser réu, ou seja, um *show de besteirol*, como dizem os mais jovens. Colocam a presença física do réu na audiência como uma questão metafísica e não como o espaço onde direitos e garantias fundamentais são assegurados, esteja o réu onde estiver.

Há algo em que não pensam: quando o preso chega ao fórum trazido do sistema penitenciário, ele vem com escolta armada. Normalmente, homens altos e fortes ostentando armas de grosso calibre. Se forem retiradas as algemas, será que os jurados não ficarão influenciados com aquele aparato humano? Isso também irá influir no julgamento da causa? Ou será que daqui a pouco vão proibir a escolta de permanecer presente porque humilha o preso?

Se o promotor disser aos jurados: *“senhores jurados, o réu está sem algemas porque é direito dele, mas vejam o aparato humano que permaneceu no plenário! Seria ele um Santo, um homem que não oferece perigo? Se for, por que a escolta permaneceu em plenário?”*

Essa fala do promotor seria argumento de autoridade a anular o julgamento? Não se falou de algemas, mas sim da escolta. Enfim, “muita água ainda vai rolar nessa alga da vida”.

O sistema tem regras claras, horários para os presos, uniformes, corte de cabelos, enfim, tudo o que possa dar a eles uma vida com limites dentro de uma sociedade a qual eles desrespeitaram. Todavia, no ritmo em que andamos, daqui a pouco vão proibir de se estabelecerem regras aos presos porque isso também fere sua dignidade enquanto pessoa humana, em especial seu poder de autodeterminação. Vão permitir aos presos escolher a roupa que querem usar no presídio, de manter o corte de cabelo que bem entender etc.

A decisão do STF deve ser respeitada porque é a instância máxima do Poder Judiciário e, enquanto vivermos em um Estado Democrático de Direito, há que se obedecer às decisões judiciais, mas isso não nos impede de discordarmos.

4.3.E Art. 475 – o registro da audiência por gravação eletrônica

“Art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotípica ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.

Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.” (NR)

A sessão de julgamento poderá ser gravada para dar maior fidelidade aos depoimentos prestados pelas testemunhas ou pelo réu, além, é claro, de deixar patente a fala das partes, evitando que se diga que a defesa ou a acusação disse isso ou aquilo, durante o julgamento.

O Judiciário deverá se reestruturar adequadamente para atender a nova disciplina legal, isto é, dotar os tribunais do júri dos mecanismos necessários ao fiel cumprimento da nova disciplina legal.

O depoimento da testemunha gravado não é a mesma coisa que escrito no papel, pois ao falar pode tremer, gaguejar tropeçar nas palavras, ser firme e direta ao responder uma pergunta, enfim. Tudo isso agora ficará registrado e poderá ser apreciado pelo tribunal ao ouvir a fita de áudio ou quiçá assistir à fita de vídeo, quando da apreciação de eventual recurso, obtendo uma maior fidelidade do julgamento.

4.3.E Art. 476 – sistema acusatório: sustentação oral do MP

“Art. 476. Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

§ 1º O assistente falará depois do Ministério Público.

§ 2º Tratando-se de ação penal de iniciativa privada, falará em primeiro lugar o querelante e, em seguida, o Ministério Público, salvo se este houver retomado a titularidade da ação, na forma do art. 29 deste Código.

§ 3º Finda a acusação, terá a palavra a defesa.

§ 4º A acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário.” (NR)

A reforma suprimiu o libelo-crime acusatório, como se viu acima. Porém, coloca na pronúncia os limites da acusação, ou seja, o Ministério Público, órgão que exerce a acusação, irá fazê-la como está na decisão do juiz e não em sua petição inicial penal. Trata-se de flagrante violação do sistema acusatório, pois em pleno Estado Democrático de Direito não pode o magistrado descer do pedestal de suprapartes para fazer acusação. Se ela é feita nos limites da pronúncia, é porque quem a fez foi o magistrado, quebrando sua necessária equidistância, fato que, por si só, afronta a Constituição da República.

O pior é: “*durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências à decisão de pronúncia como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado*” (art. 478). E mais: “*formado o Conselho de Sentença, [...] o jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia*” (art. 472, parágrafo único), isto é, embora os jurados recebam cópia da pronúncia, o promotor não poderá lê-la para os jurados como argumento de autoridade, mas poderá lê-la sem utilizá-la como argumento de autoridade.

Argumento de autoridade é a opinião de um profissional renomado, conceituado no ramo objeto de apreciação da matéria. Quando se atribui a Sócrates a frase “só sei que nada sei” quer se afirmar que o verdadeiro sábio é aquele que, como Sócrates, está sempre disposto a aprender. É aquele que reconhece que “existe apenas um bem, o conhecimento, e um mal, a ignorância”. Logo, sempre que se quer emprestar força ao argumento do conhecimento invoca-se Sócrates. No Direito Penal, quando alguém quer sustentar uma tese diz que quem diz isso é “NELSON HUNGRIA” ou “ANÍBAL BRUNO”.

Ora, se a pronúncia é um ato de autoridade do Estado em que, agora, está calcada a acusação ao réu, não há nada pior do que isto: juiz acusando. Se já acusou, porque a opção política adotada foi essa, ler a decisão não pode se constituir em um ato pior. A autoridade é do ato, não da leitura enquanto argumento. O ato está lá com seu significado, seja lido ou não. O réu não tem como se livrar da autoridade do ato a não ser que recorra da decisão e tenha provimento no seu recurso ou os jurados o absolvam.

Da forma que o art. 478 diz, parece que é o Ministério Público quem empresta ao ato (pronúncia) a autoridade de que se reveste. Engano. A leitura da pronúncia, pelo MP, não coloca nela aquilo que lá já está, mas sim apenas lhe dá publicidade, perante os jurados.

Terminados os debates entre as partes, é dada a opção ao MP de ir à réplica e, se aceitar, a defesa terá direito de ir à tréplica. Se o MP não for à réplica, o assistente também não terá direito de falar.

Trata-se de uma opção arriscada, pois a réplica pode dar aos jurados a ideia de que o promotor de justiça não foi convincente o suficiente e por isso voltou a falar para se explicar melhor. Ou ainda, de que não foi claro o suficiente. A réplica deve ser usada quando a defesa inventar algo que não consta dos autos, não permitindo o aparte do MP, durante sua fala. Voltar em réplica para repetir tudo aquilo que já foi dito em sua fala inicial é desperdício de tempo e cansaço dos jurados.

A defesa também, em tréplica, não poderá inovar em sua tese defensiva **utilizando-se de provas que não constam dos autos** por ferir o exercício do contraditório por parte do MP, que não poderá contrapor os argumentos da defesa, não obstante a defesa ser ampla. Nem se diga que não há vedação legal a que a defesa inove em sua tese, pois se o *processo é um procedimento em contraditório*, é óbvio que o MP não poderá exercê-lo se não fala

depois da tréplica da defesa. Inovação da tese defensiva, **utilizando-se de provas que não constam dos autos** na tréplica é cerceamento de acusação e, conseqüentemente, violação ao princípio do contraditório. Se as provas de que a defesa utiliza para inovar em sua tese já se encontram nos autos, não há surpresa ao MP. Deve o MP expor a acusação com todas as conseqüências defensivas que dela podem advir.

Não se deve confundir defesa ampla com defesa excessiva. A defesa não pode tudo o que quiser. Seus limites estão na CR quando estabelece a isonomia formal e substancial entre as partes. A defesa não pode, por exemplo, recorrer fora do prazo, embora sua defesa seja ampla. Se a resposta prévia deve ser oferecida no prazo de dez dias, a amplitude de defesa não autoriza que se faça no prazo de 11 ou 15 dias, salvo a defensoria, que tem prazo em dobro, mas mesmo assim não pode ultrapassar a duplicidade do prazo.

4.3.E Art. 477 – dos debates em plenário

“Art. 477. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

§ 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

§ 2º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no § 1º deste artigo.” (NR)

A Reforma feita pela Lei nº 11.689/2008 diminuiu o tempo dos debates e aumentou o da réplica e o da tréplica, sem uma razão prática para tanto, trazendo conseqüências sérias ao contraditório e à ampla defesa. Vejamos.

O tempo anterior era de duas horas para cada parte, sendo de meia hora para a réplica e de outro tanto para a tréplica. Pois bem. À medida que o tempo de fala é diminuído, surge a pergunta: os fatos anteriores à vigência da Lei nº 11.689/2008 (entrou em vigor em 9 de agosto) ficarão sujeitos à Lei nova (uma hora e meia), ou ao prazo estabelecido no anterior art. 474 do CPP (duas horas)?

De novo, precisamos saber a natureza da norma do art. 477: trata-se de norma processual penal material prejudicial ao réu. O tempo de defesa do réu foi diminuído, embora o de acusação também, mas isso não interessa ao réu. Poderiam dizer: “mas aumentaram o tempo da réplica e o da tréplica, logo compensou”. Engano. Só haverá tréplica se houver réplica, isto é, se o MP não for à réplica, a defesa não falará em tréplica. Logo, a defesa não pode contar com o prazo da tréplica. É sempre uma incógnita para a defesa se o MP vai ou não à réplica.

Pensamos que o tempo de fala das partes nos processos que apuram fatos anteriores à vigência da Lei nº 11.689/2008 será de duas horas com base no antigo art. 474 por se tratar de regra mais favorável ao réu.

E o prazo da réplica e tréplica, se houver? Será com base na lei nova porque mais benéfico ao réu e como não podemos aumentar somente seu prazo de réplica, sem que se dê isonomia de tratamento à acusação, aumenta-se tanto o da acusação como o da defesa.

Então, para os fatos anteriores à vigência da Lei nº 11.689/2008 ficaremos:

fala do MP: duas horas (antigo art. 474 do CPP);

fala da defesa: duas horas (antigo art. 474 do CPP);

réplica: uma hora (art. 477 do CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008);

tréplica: uma hora (art. 477 do CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008).

Para a fala do MP e da defesa, a lei nova não poderá retroagir para alcançar os fatos que lhe são pretéritos porque prejudicial ao réu. Nem poderemos aumentar o prazo só da defesa por ferir a isonomia entre as partes.

Para a réplica e a tréplica haverá incidência imediata da lei nova porque mais benéfica ao acusado. E, em ambos os casos, o princípio da isonomia exige que se dê prazo idêntico a ambas as partes.

No Rio de Janeiro, houve um júri no dia 8 de agosto de 2008. Os debates terminaram às 23h30 e o juiz indagou do MP se ele iria à réplica, recebendo resposta positiva. O juiz, então, suspendeu a sessão para descanso e alimentação dos jurados (até porque acusação e defesa falaram ininterruptamente) pelo prazo de 45 min. Quando retornaram, já era dia 9 de agosto, com a Lei nº 11.689/2008 em vigor. E aí? Foi discutida a questão e chegou-se à conclusão de que a lei nova deveria ser aplicada com o prazo de uma hora para réplica e outra uma hora para tréplica.

Questão importante que nos foi indagada pela brilhante magistrada do 4º Tribunal do Júri de São Gonçalo, Rio de Janeiro, Dra. **ALESSANDRA ROIDIS**, é quanto ao art. 478 que proíbe as partes de usarem como argumento de autoridade “à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação”.

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Qual a questão? Se a proibição se estende ao julgamento da apelação que cassa a decisão dos jurados, seja ela condenatória (interessa a defesa), seja ela absolutória (interessa ao MP).

Em outras palavras: se o **MP** pode usar em sua fala, como argumento de autoridade, a cassação da **decisão absolutória** dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos; ou se a **defesa** pode usar em sua fala, como argumento de autoridade, a cassação da **decisão condenatória** dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Primeiro, há que se perguntar qual a razão de ser da proibição de não se usar a **pronúncia** como argumento de autoridade perante os jurados.

Nos parece que em se tratando de uma decisão meramente processual, em que não se discute culpa, não seria lícito induzir os jurados a pensarem que o réu já estava condenado por ter sido pronunciado, violando, assim, o juiz natural da causa que são os jurados.

É como se o juiz, prolator da pronúncia, estabelecesse a culpa do réu. Ler a pronúncia (ou as decisões posteriores que julgaram admissível a pronúncia, total ou parcialmente), utilizando-a como argumento de autoridade é afrontar o princípio do juiz natural da causa.

Até aqui tudo bem.

É preciso distinguir o “argumento de autoridade” da “autoridade do argumento”. Quando a lei veda o uso do “argumento de autoridade” é porque as partes podem se valer, única e exclusivamente, da decisão do juiz transferindo a ele a verdade do que se está discutindo por ser, simplesmente, o magistrado da causa. Usar esse argumento é reconhecer que o que foi dito pelo juiz em sua decisão de pronúncia é a verdade, indiscutível e imutável, razão pela qual as partes não podem fazê-lo, em especial porque os jurados, leigos, ainda vão se manifestar sobre o mérito.

O Direito, antes de tudo, é uma prática de autoridade (embora não seja somente isso), motivo pelo qual é a razão mais forte que parece ter um juiz para decidir um caso de determinada maneira seguindo o critério do legislador, dos juízes de instância superior. Ter autoridade não é o mesmo que ter poder, de maneira que a autoridade efetiva implica (de alguma maneira) a pretensão de legitimidade por parte de quem a exerce e o reconhecimento dessa legitimidade pelos submetidos a ela (ATIENZA, Manuel. **O argumento de autoridade no direito**. Trad. André Rufino do Vale. Madrid: Novos Estudos Jurídicos, p. 147).

Já a “autoridade do argumento” emana da argumentação que, segundo Habermas, *significa se esforçar por apoiar uma pretensão com boas razões, podendo consistir a pretensão na defesa de um direito* (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimaraes Cupertino. 2 ed. Madrid: Landy, 2002, p. 164).

PEDRO DEMO ensina o que é argumentar para que possamos entender que o que se faz no tribunal do júri *in verbis*:

O cerne do argumento é questionamento, sua face desconstrutiva, rebelde, provocativa; em todo argumento há misto de dúvida e pergunta, confronto e entendimento, autonomia e busca;

Argumentar é fundamentar; significa aduzir razões plausíveis, bem formuladas e amarradas, de tal sorte que se espere do outro não crença, mas discernimento; Argumentar é pesquisar; implica dizer que o bom argumento é fruto de processo incansável de busca, nunca se acomodando no conhecimento vigente e disponível; pesquisar supõe rever o conhecimento existente, colocar novas perguntas e dúvidas, abalar o que está estabelecido, procurar novas fundações e fundamentações; não pode ser gesto repetitivo, reprodutivo, porque conhecimento, em sua dinâmica disruptiva, não se transmite, reproduz, mas se reconstrói, faz; pesquisa é a estratégia básica da fabricação do conhecimento, usada para desbravar fronteiras, brandir métodos e técnicas, desdobrar a aventura do saber, embora tenha se fechado em certezas e linearidades que acabam por matar a verve disruptiva; Argumentar é saber pensar; a habilidade de saber pensar inclui a esperteza, que sempre aprecia passar os outros para trás, mas seu cerne é outro: significa a mão dupla de crítica e da autocrítica – quem não sabe pensar, acredita no que pensa, mas quem sabe pensar, questiona o que pensa;

Argumentar é constituir-se sujeito autônomo; esta face apanha o que muitos consideram o centro do conhecimento – a fábrica da autonomia humana; embora isto seja absurdamente ambivalente, quem argumenta bem, torna-se capaz de, conduzindo bem seu raciocínio, conduzir bem sua vida; pode ter idéias, projeto, horizontes próprios, evitando que se perca na massa de manobra (DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento**. Brasília: UNB, 2003. p. 30).

Ora, o que se faz quando do uso do acórdão para fins de justificação de uma tese de direito é utilizar as boas razões sustentadas pelo tribunal quando da apreciação do mérito do caso penal.

É a autoridade do argumento usado pelos magistrados mais experientes (desembargadores e/ou ministros) diante daquele caso concreto. Não se trata, simplesmente, do argumento de autoridade de quem o faz, mas sim da autoridade do argumento que se faz. É o argumento, por si só, que se manifesta na decisão e por ser, em tese, o melhor argumento é que ele prevalece perante o Conselho de Sentença.

A autoridade do argumento não é, necessariamente, o que emana de um magistrado, médico ou engenheiro, mas sim de toda e qualquer pessoa que tenha capacidade argumentativa diante daquele assunto a que se está a discutir.

É o argumento válido, razoável, transparente, bem formulado que implica o contra-argumento, estabelecendo entre os próceres ambiente de controle recíproco, não na base da pressão física, mas da pressão lógica e ética, dentro do contexto de sua politicidade intrínseca. A autoridade do argumento é aquela que reclama como reação a mesma habilidade de saber pensar. Pois implica a aceitação indócil, tão receptiva quanto cautelosa, tão convivente quanto autônoma, tão igualitária quanto individual.

No mundo acadêmico, apesar dos pretensos méritos, ferve a vaidade, a detração, a competição, do que facilmente resulta que status é bem mais relevante que qualidade científica (PEDRO DEMO, ob. cit. p. 89).

É o que se faz no júri muitas das vezes: a vaidade dos sujeitos processuais deixa de lado a autoridade do argumento para dar vazão ao argumento de autoridade e é este que a lei veio proibir.

Logo, na medida em que o tribunal de 2ª instância cassa uma decisão meritória (de condenação ou absolvição) está cassando uma decisão do próprio conselho de sentença não havendo violação ao princípio do juiz natural, razão pela qual a leitura, pelas partes, do acórdão não viola a regra do art. 478, CPP. Até porque os novos jurados precisam conhecer de todo o processo, inclusive, do teor da decisão que levou os julgadores de 2º grau a cassar a decisão do conselho de sentença anterior. Isso é análise de prova sob o ponto de vista dos julgadores tanto de 1º grau (conselho de sentença) como de 2º grau (tribunal de justiça ou regional federal). É análise de processo e não há como vedar as partes de analisarem uma decisão judicial de mérito, sob pena de se subtrair do conselho de sentença o conhecimento que se tem do que decidiu o 2º grau de jurisdição. Seria uma supressão de instância.

Ademais, há outro argumento de foro hermenêutico: as regras que restringem direitos (seja da acusação ou da defesa) não comportam interpretação extensiva, nem analógica, muito menos a analogia.

O que se quer, por aqueles que entendem proibida à leitura, é a extensão de uma regra de proibição àquilo que a lei não proibiu. O que a lei não proíbe, é permitido.

Se a decisão dos jurados do julgamento anterior é manifestamente contrária à prova dos autos e o caso penal será submetido a novo julgamento, perante novos jurados, por determinação do tribunal de 2ª instância, é intuitivo que as partes (seja acusação ou a defesa) possam usar como **autoridade do seu argumento** (e não como argumento de autoridade) de sua tese a decisão proferida no acórdão.

É o que pensamos até que novas luzes nos iluminem.

4.3.E Art. 479 – proibição de leitura de documento ou exibição de objeto

“Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a

exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.” (NR)

Em nome do princípio do contraditório as partes não poderão ler documentos, ou exibir objetos que não tiverem sido juntados aos autos com a antecedência mínima de três **dias úteis**, dando-se ciência à outra parte. A nova redação dada pela Reforma é mais abrangente não só em relação ao tempo (três dias úteis), mas também quanto ao que se proíbe.

Perceba que não é apenas *a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado* que é proibido, mas exige-se que tenha relação com o objeto da causa, isto é, se o jornal, por exemplo, não tiver relação com o objeto da causa, poderá ser lido.

Na redação anterior do art. 475 se falava em três dias. Agora, são três dias úteis. Aquele expediente que a parte usava de juntar o documento na sexta-feira de manhã, sendo o julgamento na segunda-feira próxima, acabou. São três dias úteis exatamente para que a parte possa conhecer a tempo do teor do documento.

Se a parte fizer um quadro ou um croqui a mão, na hora do julgamento em sua mesa, não poderá usá-lo. Não pode haver surpresas no julgamento com a utilização de material que não se encontra, formalmente, nos autos.

4.3.E Art. 480 – conclusão dos debates e esclarecimentos aos jurados

“Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.

§ 1º Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.

§ 2º Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos.

§ 3º Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.” (NR)

O Código permite que as partes peçam, perante os jurados, que o orador indique a página onde se encontra a peça por ele lida ou citada, evitando que seja usado como argumento algo que não corresponda com a realidade.

Os jurados podem pedir esclarecimentos sobre algum ponto obscuro, seja na fala das partes ou de algum depoimento prestado, ou ainda de alguma perícia realizada que se encontra nos autos, mas que não foi, devidamente, explicitada pelas partes.

Exemplo:

o promotor de justiça alega que a testemunha X disse que o fato foi às 18h00 no local Y. A defesa alega que a testemunha X disse que o fato foi às 20h00 no local B. O jurado pode pedir ao juiz que leia o depoimento da testemunha X a fim de tirar sua dúvida;

a defesa alega que foram dois tiros, apenas. O promotor sustenta que foram 4 tiros à queima roupa. O jurado pode

pedir ao juiz que leia o laudo;

o MP alega que a Folha de Antecedentes Criminais do réu tem x condenações. A defesa alega que as anotações do réu não transitaram em julgado e que, portanto, o réu é presumidamente inocente. O jurado pode pedir esclarecimentos ao juiz sobre a questão.

O jurado, ao final dos debates, pode pedir esclarecimentos sobre questão de fato, não de direito. Logo, se o jurado quiser esclarecimentos do juiz sobre quais as consequências de se reconhecer ou não a qualificadora sustentada pelo MP e negada pela defesa, o juiz não deve dá-los por se tratar de matéria de direito e não de fato. O júri deve decidir se aceita ou não a qualificadora ao votar os quesitos.

Se o jurado preferir, poderá pedir ao juiz para ter acesso aos autos e aos instrumentos do crime, sem intervenção de quem quer que seja.

Pode o jurado solicitar ao juiz, ao final dos debates, que determinada testemunha seja, novamente, ouvida?

Se a testemunha estiver acautelada nas dependências do fórum, sim, não há dúvida. Se a testemunha já tiver se retirado do fórum, tal pedido será indeferido por impossibilidade de se localizar a testemunha, não sendo lícito suspender o julgamento para sair procurando a testemunha que já não mais está incomunicável.

As partes devem, quando do termo final do depoimento das testemunhas, manifestar o interesse ou não de sua permanência em sala própria a fim de que possam ser ouvidas, se for o caso, novamente ao final dos debates.

4.3.E Art. 481 – a dissolução do Conselho de sentença e a busca da verdade processual

“Art. 481. Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias.

Parágrafo único. Se a diligência consistir na produção de prova pericial, o juiz presidente, desde logo, nomeará perito e formulará quesitos, facultando às partes também formulá-los e indicar assistentes técnicos, no prazo de 5 (cinco) dias.” (NR)

Se o juiz, durante os debates ou ao seu final, verificar que necessita de algum esclarecimento sobre questão fática essencial para o julgamento do caso penal e não puder realizá-lo, imediatamente, dissolverá o Conselho de sentença e determinará que seja cumprida a diligência.

Trata-se da busca, dentro do processo, da verdade processual, isto é, aquela que será obtida através de um consenso ético entre as partes com respeito ao outro enquanto um ser igual a nós na sua diferença. Não é a busca da verdade real como normalmente se diz, porque esta não existe, mas sim a busca, no processo, de um compromisso ético entre as partes que aceitam a decisão, embora discordem e dela possam recorrer.

A dissolução do Conselho de sentença somente poderá ser determinada se a questão a ser dirimida for imprescindível ao julgamento do caso penal. Contudo, é necessário que o fato seja novo e surja no decorrer dos debates, pois se já existia, o juiz não deveria ter deixado chegar a essa fase do processo. Deixou-se, for negligente (cf. art. 422 ss).

O processo só deve entrar em pauta quando estiver, realmente, pronto para julgamento.

4.3.E Arts. 482 e 483 – quesitos: simplificação e formulários

“Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.” (NR)

O Código simplifica a redação dos quesitos, fonte infundável de nulidades. Os jurados serão indagados se o réu deve ou não ser absolvido, o que parece bem mais fácil de compreender por juízes leigos.

Contudo, há uma grande violação ao sistema acusatório: ao elaborar o quesito, o juiz o fará de acordo com a pronúncia e não com a peça acusatória, respectiva, do Ministério Público.

Em outras palavras: quem delimita a acusação é o juiz, não o Ministério Público. É a pronúncia quem irá estabelecer os limites da imputação penal. Nada mais violador da estrutura acusatória do que quesitação feita dentro dos limites da decisão judicial.

Nesse particular aspecto, seria melhor a reforma manter o libelo e abrandar o rigor da pronúncia, fazendo com que o juiz apenas reconhecesse a autoria e materialidade sem entrar em detalhes do tipo penal, pois esta seria função do Ministério Público no libelo.

“Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II *docaput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II *docaput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a

respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.” (NR)

Quesitos são perguntas feitas aos jurados sobre o fato objeto de julgamento, em especial se o réu deve ser absolvido. A regra é a liberdade/absolvição, logo a proposição deve ser feita no sentido da absolvição e não da condenação. Não se pergunta pelo avesso, isto é, se o réu deve ser condenado, mas sim se deve ser absolvido.

É importante frisar que passamos mais de 60 anos fazendo quesitação com base naquelas infundáveis perguntas do antigo art. 484 do CPP. Na medida em que entra em vigor a reforma, mister se faz um novo olhar.

Vejamos.

Quando se diz **matéria de fato**, não se quer dizer que os jurados não julgam o direito. Julgam, claro que julgam. Quando são indagados sobre se o réu deve ser absolvido, isso é matéria de direito, pois envolve a punibilidade, ou seja, o direito de punir do Estado. Quando são indagados sobre uma qualificadora do crime de homicídio, isso também é matéria de direito. Jurados julgam, portanto, tanto o fato como o direito.

Outro detalhe importante: quando se fala em “materialidade” não se quer dizer apenas a lesão no corpo da vítima, mas sim o fato da vida. Aquilo que ocorreu no mundo dos homens. Do contrário, na tentativa branca ou inculpa não haveria quesito sobre a “materialidade”, e claro que há, como vamos demonstrar abaixo.

A lei estabelece uma ordem na quesitação. Ordem que não pode ser invertida, sob pena de desrespeito a uma regra e, conseqüentemente, nulidade do julgamento.

Primeiro se pergunta aos jurados se o fato existiu: a materialidade. Se o que se diz na pronúncia, efetivamente ocorreu no mundo dos homens.

Abaixo vamos transcrever algumas hipóteses de quesitação que achamos interessantes e que podem trazer dúvidas, no dia a dia. Todavia, alertamos que não estamos esgotando o assunto, apenas tratando de alguns casos mais comuns. Muito menos dando a última palavra. O tempo, o estudo diário e a contínua reflexão poderão nos fazer mudar de ideia, porém, por enquanto, é o que pensamos e oferecemos ao leitor.

a) Homicídio duplamente qualificado em que a defesa técnica alega legítima defesa e violenta emoção

1º Quesito:

No dia 15 de janeiro de 2009, na rua Osvaldo Aranha, em frente ao número 100, nesta cidade, a vítima Fulano sofreu as lesões descritas no auto de exame cadavérico de fls que, por sua natureza e sede, foram causa suficiente de sua morte?

Resposta: Sim.

Não há mais necessidade de se desdobrar a autoria/materialidade e a letalidade, como antes se fazia, pois mesmo que não seja negado o quesito da autoria/ materialidade e o da letalidade, ainda resta a pergunta principal: “O jurado absolve o acusado?” Ora, se o juiz depois da autoria/materialidade ainda pergunta se o réu deve ser

absolvido, para que dividir a autoria/materialidade com aquela clássica pergunta: *essas lesões deram causa à morte da vítima?*

Antes, quando votavam a autoria/materialidade e a letalidade, positivamente, o réu estava, em princípio, condenado, dependendo da tese defensiva. Hoje, não. Teremos ainda que perguntar: “*O jurado absolve o acusado?*”

Ademais, ressalta-se que se a tese for de desclassificação, haverá um quesito próprio, logo não há necessidade de se separar mais a autoria/materialidade e letalidade (§ 4º do art. 483).

Em outras palavras: temos que olhar o novo com os olhos do novo e percebermos que a reforma não mais exige que se faça separação da quesitação.

Passemos à autoria.

2º Quesito:

O réu Beltrano, no dia 15 de janeiro de 2009, na rua Osvaldo Aranha, em frente ao número 100, nesta cidade, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Fulano?

Resposta: Sim.

Até aqui perceba que a materialidade e a autoria estão reconhecidas pelos jurados, ou seja, o fato existiu e o réu é seu autor.

Se os jurados responderem **negativamente** a qualquer dos quesitos anteriores, o réu estará absolvido (§ 1º do art. 483).

Agora, independentemente da tese defensiva e, principalmente, de quantas sejam as teses, o juiz elabora a mais importante pergunta aos jurados:

3º Quesito:

O jurado absolve o acusado?

Resposta: Sim.

O réu está absolvido. Termina o julgamento. É claro, repetimos, que se os jurados negarem o 1º ou 2º quesito, o réu também estará absolvido.

Problemas.

Se a defesa sustentou legítima defesa real, putativa e inexigibilidade de conduta diversa, qual foi a tese acolhida pelos jurados? Não sabemos, mas o juiz deverá, em sua sentença, adotar a tese mais favorável ao réu, fechando as portas do juízo cível. É da sistemática do Código adotar, sempre que dá empate na votação, a situação jurídica mais favorável ao réu, em nome do princípio do *favor rei*.

Se com a nova quesitação o réu não tem definida, no âmbito penal, sua tese defensiva, podendo causar-lhe prejuízos na área cível onde ainda poderia ser demandado, a solução mais favorável a ele, no penal, deve ser adotada. Jogá-lo no cível para resolver lá seu problema é desconhecer que a seara penal tem prevalência sobre a civil (art. 935 do CC). Ademais, com a quesitação antiga, esse problema seria resolvido. Logo, não é razoável que com a reforma se queira prejudicar a tese defensiva, deixando-a em aberta no cível.

É de se ressaltar, ainda, que, pelo princípio da presunção de inocência que paira sobre o réu, não pode ele sofrer prejuízos patrimoniais com uma interpretação prejudicial aos seus interesses, considerando a prevalência que

existe da competência criminal sobre a civil (arts. 64 e 65, ambos do CPP, c/c art. 935 do CC). Em outras palavras vamos extrair da presunção de inocência todas as consequências necessárias à sua real efetivação.

Plauto Faraco de Azevedo, analisando a obra de Luiz Fernando Veríssimo (*O Gigolô das Palavras*), em que faz a diferença entre linguagem, sintaxe e a gramática, em que esta é a estrutura da língua que sozinha não diz nada, conclui:

“A semelhança da gramática, não pode o direito tampouco ser visto de modo exclusivamente formal, isolado do contexto em que se insere e a de que deve servir. Um e outro precisam amoldar-se à vida para dela não levar pancada.”¹²⁴

Por amor ao debate, trazemos à colação a opinião do Professor Tourinho, diferente da nossa, em artigo ainda não publicado, mas que nos foi entregue, pessoalmente, no dia 23-1-2009, pelo ilustre professor, quando em visita ao Rio de Janeiro. Tourinho advoga tese contrária à nossa, *in verbis*:

“Se por acaso forem duas ou mais teses, sobre cada uma delas cumprirá ao Juiz dar as devidas explicações. Se o quesito sobre a ‘absolvição’ (abrangendo todas as teses) for respondido afirmativamente, haverá certa dificuldade para a Acusação demonstrar, no recurso de apelo que pretenda interpor, eventual desacerto dos jurados. Assim, nessas hipóteses, será preferível dever o juiz-presidente submeter à votação o quesito da ‘absolvição’, tese por tese. Certo que o quesito único torna-se mais cômodo para o Juiz-presidente, mas acima de sua comodidade está o interesse social, bem maior. Mais ainda: sabendo-se qual a tese que ensejou a absolvição não haverá maior dificuldade para a propositura da ação civil *ex delicto*.”¹²⁵

Todavia, se a resposta ao 3º quesito foi *não*, o julgamento prossegue com a quesitação referente às causas de diminuição de pena (§ 3º do art. 483).

Vamos seguir.

4º Quesito:

O réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima?

Resposta: Não.

5º Quesito:

O crime foi praticado por motivo fútil, qual seja: discussão entre a vítima e o acusado em decorrência do rompimento do namoro?

Resposta: Sim.

6º Quesito:

O crime foi praticado sem que a vítima tivesse oportunidade de defesa, qual seja: o acusado efetuou os disparos pelas costas da vítima?

Resposta: Sim.

Até aqui o réu, nesse exemplo, foi condenado pelo homicídio duplamente qualificado.

Perceba que a tese defensiva da violenta emoção entra na sequência do art. 483, ou seja, após os jurados responderem ao 3º quesito, isto é, que não absolvem o acusado, o juiz pergunta se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa.

b) homicídio doloso duplamente qualificado. Tese da defesa (se tiver, Porque não mais necessário que tenha e aqui não se deve confundir tese jurídica com motivo para absolver. A defesa deverá dizer qual o fundamento de sua manifestação: art. 495, Xiv): ausência de Dolo. A defesa reconhece a materialidade, A autoria, Mas nega o *animus necandi*

Vejamos.

1º Quesito:

No dia 15 de janeiro de 2009, na rua Osvaldo Aranha, em frente ao número 100, nesta cidade, a vítima Fulano sofreu as lesões descritas no auto de exame cadavérico de fls que, por sua natureza e sede, foram causa suficiente de sua morte?

Resposta: Sim.

2º Quesito:

O réu Beltrano, no dia 15 de janeiro de 2009, na rua Osvaldo Aranha, em frente ao número 100, nesta cidade, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Fulano?

Resposta: Sim.

Até aqui a materialidade e a autoria estão reconhecidas pelos jurados. Como a tese é ausência de dolo, isto é, desclassificação para outra infração que não da competência do Tribunal do Júri, tal quesito deve seguir antes do principal (*o jurado absolve o acusado?*) e redigido de forma simples e clara. A pergunta vem antes do 3º quesito por representar o ponto nodal do julgamento, qual seja: trata-se de crime doloso contra a vida para os jurados julgarem? Se os jurados afastam o dolo, entrega-se ao juiz presidente o acerto do caso penal (art. 492). Se reconhecem o dolo, julgam o réu.

Se os jurados responderem **negativamente** a qualquer dos quesitos anteriores, o réu estará absolvido (§ 1º do art. 483).

3º Quesito:

O réu, assim agindo, quis matar a vítima?

Resposta: Sim. Se a resposta for negativa, haverá desclassificação e o juiz presidente proferirá sentença.

Todavia, com a resposta positiva, o julgamento prossegue perante os jurados com a pergunta principal.

4º Quesito:

O jurado absolve o acusado?

Resposta: Sim.

Perceba que se invertêssemos a ordem das perguntas, ficaríamos com uma situação esdrúxula, isto é, se colocássemos o 4º quesito (*o jurado absolve o acusado?*) na frente do 3º quesito (*o réu, assim agindo, quis matar a vítima?*), ficaríamos assim:

3º Quesito:

O jurado absolve o acusado?

Resposta: Não.

4º Quesito:

O réu, assim agindo, quis matar a vítima?

Resposta: Não.

Ora, como os jurados julgariam um crime que não é doloso contra a vida? Absurdo. Por isso, a quesitação deve ser feita com o dolo sendo perguntado antes do quesito principal (*o jurado absolve o acusado?*).

Seguindo no segundo exemplo.

5º Quesito:

O crime foi praticado por motivo fútil, qual seja: discussão entre a vítima e o acusado em decorrência do rompimento do namoro?

Resposta: Sim.

6º Quesito:

O crime foi praticado sem que a vítima tivesse oportunidade de defesa, qual seja: o acusado efetuou os disparos pelas costas da vítima?

Resposta: Sim.

Até aqui o réu, nesse segundo exemplo, foi condenado pelo homicídio duplamente qualificado com afastamento de sua tese de desclassificação.

Obs.: Quanto ao dolo (*animus necandi*), a pergunta deve ser objetiva e direta: *O réu, assim agindo, quis matar a vítima?* Com a nova quesitação devemos evitar aquela fórmula pronta: *Assim agindo o acusado concluiu a execução de um crime de homicídio?*

A expressão “quis matar” é mais direta e clara do que “concluiu a execução do crime de homicídio”.

Se fosse dolo eventual, a pergunta seria: *Assim agindo o acusado assumiu o risco de produzir a morte da vítima?*

c) Homicídio qualificado tentado. Tese da defesa: legítima defesa e, Alternativamente, Desclassificação para lesão corporal

1º Quesito:

No dia 15 de janeiro de 2009, na rua Osvaldo Aranha, em frente ao número 100, nesta cidade, a vítima

Fulano sofreu as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls?

Resposta: Sim.

2º Quesito:

O réu Beltrano, no dia 15 de janeiro de 2009, na rua Osvaldo Aranha, em frente ao número 100, nesta cidade, efetuou disparo de arma de fogo contra a vítima Fulano?

Resposta: Sim.

Se os jurados responderem **negativamente** a qualquer dos quesitos anteriores, o réu estará absolvido (§ 1º do art. 483).

3º Quesito:

O réu, assim agindo, tentou matar a vítima?

Resposta: Sim.

O julgamento prossegue perante os jurados com a pergunta principal.

4º Quesito:

O jurado absolve o acusado?

Resposta: Sim.

Encerra o julgamento com a absolvição do réu. Se os jurados responderem negativamente, o julgamento prossegue com quesitos referentes à causa de diminuição de pena (que, no caso, já foi respondido com o 3º quesito quando reconheceram a tentativa) e depois com as qualificadoras.

Se nº 3º quesito os jurados negassem a tentativa, ocorreria a desclassificação e o juiz julgaria como bem entendesse, nos exatos limites do art. 492. Sendo caso de suspensão condicional do processo, aplica-se a regra do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

A colocação do quesito da tentativa depois do 2º quesito é imperativo legal (§ 5º do art. 483).

d) Homicídio qualificado. Tese da defesa: legítima defesa e inimputabilidade por doença mental

Até aqui o leitor já percebeu que não há como fugir dos 1º, 2º e 3º quesitos, isto é, da materialidade, da autoria e se o “jurado absolve o acusado?”. São quesitos obrigatórios, logo vamos deixar de escrevê-los e apenas mencioná-los. A questão será sempre em que ordem colocar a possível tese defensiva, se houver.

Respondidos afirmativamente os quesitos da materialidade e da autoria, o juiz quesita se o “jurado absolve o acusado”. Se absolver, termina o julgamento. Se não absolver, quesita a tese da inimputabilidade por doença mental, que entra como 4º quesito.

Então ficaria:

1º Quesito: *Materialidade.*

2º Quesito: *Autoria.*

Se os jurados responderem **negativamente** a qualquer dos quesitos anteriores, o réu estará absolvido (§ 1º do

art. 483).

3º Quesito: *O jurado absolve o acusado?* Se responder sim, o réu está absolvido. Se responder não, elabora-se o quarto quesito.

4º Quesito: *Em decorrência da doença mental o réu era, à época do fato, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento?* Respondido afirmativamente, o juiz aplica medida de segurança. Negado o quesito, segue o julgamento.

Se for semi-imputabilidade, será quesitado aos jurados como causa de diminuição de pena.

5º Quesito: *Existe causa de diminuição da pena em favor do acusado?*

6º Quesito: *O crime foi praticado por motivo fútil, qual seja: discussão entre a vítima e o acusado em decorrência do rompimento do namoro?*

Perceba que como são duas teses defensivas (legítima defesa e inimputabilidade por doença mental), o caso penal foi levado a plenário. Se houvesse apenas a tese da inimputabilidade por doença mental, o juiz, uma vez a reconhecendo, aplicaria medida de segurança na absolvição sumária (art. 415, parágrafo único). Esse comportamento é só em relação à inimputabilidade por doença mental. Quanto à legítima defesa, se for tese única e o juiz não a reconhecer na fase da pronúncia, mandará o réu a plenário para ser julgado.

e) Como se quesita o excesso culposo da legítima defesa?

Se o excesso for sustentado pela defesa, deverá ser quesitado. Do contrário, não sendo sustentado, negada a legítima defesa, nega-se o excesso. Com a quesitação anterior (art. 484), em que se perguntava, passo a passo, sobre a legítima defesa, era mais fácil identificar o momento do excesso. O excesso surgia quando os jurados negavam o quesito sobre a necessidade ou a moderação da reação defensiva, demonstrando que os meios da repulsa foram desnecessários para impedir ou fazer cessar a agressão ou que o meio defensivo escolhido foi usado ou empregado de maneira imoderada.

Todavia, quando os jurados logo no primeiro quesito da legítima defesa negavam que o “réu agiu em defesa de sua própria pessoa”, **não havia quesitação sobre o excesso**, fosse culposo ou doloso.

Ora, na quesitação hodierna, se os jurados **não absolvem** o acusado, não haverá mais que se falar em legítima defesa, e se esta não existe, como quesitar excesso daquilo que não foi reconhecido pelos jurados?

Contudo, se a defesa sustentar que o réu agiu com excesso na sua reação, aí sim deverá ser quesitada porque faz parte da tese defensiva e em nome da amplitude da defesa não pode ser suprimida do júri, sob pena de cerceamento ao direito amplo de defesa.

Nesse sentido, o quesito do **excesso culposo** vem após o 3º quesito. É meio louco os jurados responderem ao quesito do excesso daquilo que eles já negaram (a legítima defesa), mas diante da nova quesitação é a solução que nos parece menos pior a fim de não cercearmos o direito de ampla defesa e do contraditório. Como o quesito é genérico (*o jurado absolve o acusado?*), pode ser que algum jurado negue a moderação ou a necessidade dos meios, enfim, vai saber...

Então ficaria:

1º Quesito: *Materialidade.*

2º Quesito: *Autoria.*

Se os jurados responderem **negativamente** a qualquer dos quesitos anteriores o réu estará absolvido (§ 1º do art. 483).

3º Quesito: *O jurado absolve o acusado?* respondendo negativamente, passa-se ao quesito do excesso culposo.

4º Quesito: *O réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa?* Se a resposta for afirmativa, entrega-se ao juiz presidente a competência para julgar, devendo aplicar a pena do homicídio culposo.

Se o excesso for no estado de necessidade, os jurados terão que reconhecer que a conduta do réu, para evitar o perigo atual que não provocou, era evitável. Se o excesso for no exercício regular do direito, terão que reconhecer que não houve *regularidade* no exercício do direito, isto é, que o exercício do direito foi *irregular*. Por último, no estrito cumprimento do dever legal, o excesso surgirá quando for reconhecido pelos jurados que o dever não foi cumprido como manda a lei. Logo, a lei tem que prever o cumprimento do dever alegado (exemplo: não há no Direito brasileiro o dever legal de matar alguém. Razão pela qual não poderá haver reconhecimento, pelos jurados, do dever de um policial matar um “bandido”).

Todavia, por amor ao debate, Aramis Nassif apresenta solução diversa, que discordamos, mas devemos conhecê-la, *in verbis*:

“Considerando que o excesso culposo não implica em desclassificação (entendimento que defendo), mas, sim, uma questão de política criminal, não seria demasia entender que se trata de mera questão de aplicação da pena.

Não se consagra o excesso pelo comportamento tecnicamente culposo, pois a culpa no sistema penal brasileiro diz com comportamento imprudente, negligente ou imperito. Como identificar na ação de alguém que, sofrendo agressão injusta atual ou iminente, para defender-se adote conduta meramente imprudente, negligente ou imperita?

Estou convencido que, em circunstâncias que tais, o agente está sob violenta emoção dominando o agente em face da agressão (injusta provocada), característica da minorante do art. 121, § 1º, do Código Penal. Sob tais condições, e irracionalidade justifica o apenamento privilegiado.

Por tudo isso, convence que a tese poderia ser confortada pelo disposto no inciso I, do § 3º do art. 483.

O quesito poderia ter a seguinte redação:

O acusado, sob o domínio de violenta emoção provocada por agressão injusta e atual (ou iminente) do ofendido, excedeu-se apenas culposamente os limites da legítima defesa?

Se a resposta for majoritariamente afirmativa, aplica-se a pena do art. 121, § 3º, do Código Penal.”¹²⁶

f) Executor e partícipe. Executor tem desclassificada a infração por negativa do dolo. O partícipe deve ser julgado pelo conselho de sentença?

Não. Primeiro se julga o executor. Se os jurados nº 3º quesito (depois de responderem sobre a materialidade e autoria) negarem o dolo, desclassifica-se a infração para outra que não da competência do Tribunal do Júri. Não faz sentido não haver o dolo de matar na conduta principal e existir na acessória que tem que ser, necessariamente, dolosa. O dolo da acessória é de matar, e se a vontade de matar da principal não existe, não pode existir também na acessória.

Os jurados, ao desclassificarem o crime de homicídio doloso para outro crime que não da competência do júri,

julgando o executor, tornam prejudicado o julgamento do partícipe. O acessório segue a sorte do principal. Aqui não se trata de **absolvição** do executor que autorizaria o julgamento do partícipe, seja condenando ou inocentando-o. **Estamos falando de desclassificação.**

Se o júri desclassifica a conduta principal, não faz sentido que a acessória seja de um crime doloso contra a vida. Se o executor não quis matar, não pode o partícipe ter concorrido para um crime de homicídio doloso. Nem se diga que o júri é soberano e por tal deveria o juiz submeter o partícipe a julgamento, salvo se do julgamento do executor houver sido interposto recurso do MP por decisão manifestamente contrária à prova dos autos e o recurso ainda não houver sido julgado pelo tribunal. Se a decisão do executor ainda não transitou em julgado, poderá ele ser levado a novo júri e, aí sim, submete-se o partícipe a julgamento.

Por essa razão, se o executor e partícipe forem julgados no mesmo dia, o juiz submeterá as duas séries de quesitos aos jurados, independentemente do que eles decidirem. Se houver desmembramento, primeiro será levado a júri o executor (§ 2º do art. 469). Se os jurados desclassificarem o crime negando o dolo e não houver recurso do MP, prejudicado estará o julgamento do partícipe.

Obs.: Nada impede, no plano prático, que o juiz pergunte ao MP se vai recorrer daquela decisão para que considere prejudicado o julgamento do partícipe, naquele dia. Constará da Ata a renúncia ao direito de recorrer do MP e consequente homologação judicial.

g) Homicídio tentado. Tese da defesa: desistência voluntária.

1º Quesito: *Materialidade.*

2º Quesito: *Autoria.*

Se os jurados responderem **negativamente** a qualquer dos quesitos anteriores, o réu estará absolvido (§ 1º do art. 483).

3º Quesito: *O réu, assim agindo, desistiu, voluntariamente, de prosseguir na execução de um crime de homicídio? (ou o réu, assim agindo, impediu, voluntariamente, que o resultado morte se produzisse?)* Se os jurados responderem afirmativamente, entrega-se ao juiz presidente o acerto do caso penal. O réu, como diz o art. 15 do CP, responderá pelos atos já praticados. Se a resposta for negativa, segue-se o julgamento com o 4º e principal quesito.

4º Quesito: *O jurado absolve o acusado?*

Os demais quesitos o leitor já sabe quais são, dependendo do fato, em si.

5º Quesito: *Causa de diminuição de pena, se houver.*

6º Quesito: *Qualificadoras, se houver.*

Perceba que se a tese da defesa for acolhida (desistência voluntária), o juiz presidente julga. Se não for, o réu ainda tem a oportunidade de ser absolvido no 4º quesito. Mas qual seria o motivo da absolvição? Qualquer um inclusive comiseração; desprezo pela política criminal do governo; idade avançada do réu; insuficiência de provas etc. Não há mais a necessidade de a defesa adotar uma tese jurídica, específica, embora por força do art. 495, XIV, tenha que dar os fundamentos de sua manifestação.

É claro que a defesa, pelo princípio da eventualidade, não vai deixar de arguir uma tese jurídica, inclusive, no caso em tela, legítima defesa cumulada com desistência voluntária.

h) Tentativa branca de homicídio qualificado. Tese defensiva: desclassificação para resistência à prisão

Como quesitar a materialidade se não houve lesão corporal? O que é tentativa branca ou incruenta?

Greco responde:

“Fala-se em tentativa branca, ou incruenta, quando o agente, não obstante ter-se utilizado dos meios que tinha ao seu alcance, não consegue atingir a pessoa ou coisa contra a qual deveria recair sua conduta. A título de exemplo, se o agente, agindo com *animus necandi*, atira em direção à vítima, que sai ilesa, fala-se, neste caso, em tentativa branca.” 127

Todavia, há que se distinguir a prova da materialidade do fato e o fato naturalístico, isto é, pode não haver lesão no corpo da vítima, mas o fato da vida existiu: tiros foram disparados em direção à vítima. Saber se tiros foram disparados em direção à vítima é o fato da vida. É isso que se indaga dos jurados no primeiro quesito.

Então ficaríamos:

1º Quesito:

No dia 15 de janeiro de 2009, por volta das 10h00, na rua da Assembleia, em frente ao nº 10, Centro, nesta cidade, foram efetuados disparos de arma de fogo contra a vítima, sem contudo atingi-la?

2º Quesito:

O réu, fulano de tal, no dia 15 de janeiro de 2009, por volta das 10h00, na rua da Assembleia, em frente ao nº 10, Centro, nesta cidade, foi quem efetuou os disparos de arma de fogo contra a vítima?

Se os jurados responderem **negativamente** a qualquer dos quesitos anteriores, o réu estará absolvido (§ 1º do art. 483).

3º Quesito:

O réu, assim agindo, quis matar a vítima? Se a resposta for não, atende-se à tese defensiva e desclassifica-se o crime. Se a resposta for sim, prossegue-se no julgamento.

4º Quesito:

O jurado absolve o acusado?

5º Quesito:

Existem causas de diminuição de pena em favor do réu?

6º Quesito:

O crime foi praticado com o objetivo de assegurar a impunidade de outro crime cometido pelo réu, na hora dos fatos?

O Código trata do quesito referente à *qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia* que, obviamente, deve estar descrita na denúncia, sob pena de cerceamento ao direito de ampla defesa. Chama de circunstância qualificadora, mas se trata de *elementar derivada do tipo*, um fato da vida que, por si só, é

indiferente penal, mas, agregado ao tipo penal originário, ganha relevância e, como tal, deve estar delineada na peça exordial, pois integra a estrutura do tipo penal. O motivo fútil é um comportamento que leva o homem a matar, por exemplo, mas ser fútil, por si só, é indiferente para o Direito Penal, razão pela qual deve ser objeto da acusação de modo a possibilitar uma ampla defesa e, assim, um devido processo legal.

O Código peca por desconsiderar que há o tipo fundamental ou básico e tipos derivados.

“O tipo fundamental, ou básico, é o que nos oferece a imagem mais simples de uma espécie de delito. Dele não se pode extrair qualquer elemento sem que se desfigure a imagem do delito de que ele é a expressão. Assim ocorre com o tipo fundamental do homicídio que, se fizermos abstração de qualquer um desses elementos essenciais (agente ativo; a conduta; o dolo; o agente passivo; o resultado; o nexó de causalidade), o fato poderá ser tudo menos um crime de homicídio. Já se excluirmos o elemento, motivo fútil, o fato não deixa de ser crime de homicídio, apenas transmuta-se de homicídio qualificado em homicídio simples.”¹²⁸

Tipo derivado, portanto, *“são os que se formam a partir do tipo fundamental, mediante o destaque de circunstâncias que agravam ou atenuam o último. Se ocorre a agravação, dá-se um tipo qualificado”*.¹²⁹

Destarte, a qualificadora deverá estar descrita na peça exordial que, pela reforma, só poderá ser a denúncia, pois o libelo foi subtraído.

Os §§ 1º e 2º do art. 483, em comento, preservam o sigilo do voto, pois a partir do terceiro voto não mais se perguntará nada aos jurados, já que a decisão é por maioria de votos. Perquirir aos sete jurados, depois de já ter a decisão condenatória ou absolutória proferida por quatro, é desnecessário e violador do sigilo das votações.

i) Discordância entre a autodefesa e a defesa técnica, Em plenário: quesitação

A ampla defesa é constituída da autodefesa e da defesa técnica, sendo ambas compatíveis entre si mesmo que haja discordância entre elas.

Na medida em que o réu é interrogado perante os jurados, ele conta a sua versão sobre os fatos, não sendo lícito ao seu defensor obrigá-lo a dizer isso ou aquilo, mas sim apenas orientá-lo, juridicamente. Se o réu entende que a tese da defesa técnica não condiz com seu posicionamento, pode ele sustentar tese diferente do defensor e pedir ao juiz que quesite, aos jurados, sua tese.

A defesa técnica, por sua vez, poderá explicar com muito tato e sem tornar a tese do réu insustentável aos jurados a diferença entre as duas teses e as respectivas consequências, sendo ambas quesitadas aos jurados pelo juiz presidente que irá explicar cada uma delas na sala especial de votação.

É bem verdade que o MP poderá explorar, tecnicamente, as divergências entre as teses do réu e da defesa técnica, mas isso fará parte dos debates das partes. Nosso objetivo aqui é mostrar a possibilidade de duas teses distintas entre a autodefesa e a defesa técnica.

Fizemos um júri em que o defensor sustentava o homicídio simples, sem as qualificadoras, mas o réu alegava **negativa de autoria**. O defensor, com elegância e sem desacreditar a tese do réu, sustentou que a negativa de autoria não o convencia diante de tudo o que constava dos autos e que para a defesa técnica a melhor tese era o homicídio simples. Pois bem. O juiz quesitou e explicou aos jurados qual era a tese do réu (que se resolvia no segundo quesito: autoria) e qual era a tese da defesa técnica (que reconhecia a materialidade, a autoria, e não

absolvia o réu, mas negava as qualificadoras). Resultado: prevaleceu a tese da defesa técnica. O réu foi condenado por homicídio simples.

j) Autor e partícipe e desmembramento do processo: autor absolvido por legítima defesa real no primeiro julgamento e posterior julgamento do partícipe.

Pode?

Se a decisão absolutória do autor por legítima defesa real já transitou em julgado, não há por que submeter o partícipe a julgamento. Se a participação, que é sempre dolosa, foi a uma conduta lícita, não seria razoável que o partícipe fosse julgado para se saber se agiu de acordo com o direito. Se o autor da conduta principal agiu nos estritos limites do direito, o “autor” da conduta acessória também assim agiu. Nesse caso, aplica-se ao partícipe o art. 580 do CPP, analogicamente, não sendo necessário realizar julgamento do partícipe.

Todavia, se a decisão absolutória ainda não transitou em julgado e for impugnada pelo MP, através do recurso de apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, deverá o partícipe ser submetido a julgamento, pois pode o tribunal cassar a decisão absolutória e submeter o réu/autor a novo julgamento.

k) Homicídio qualificado tentado em concurso formal. Tentativa branca contra policiais com *aberratio ictus* (lesão de terceira pessoa). tese da defesa: resistência à prisão (ausência de dolo de matar)

Primeira série (tentativa de homicídio qualificado contra a vítima João)

1º Quesito:

No dia 15 de janeiro de 2009, por volta das 10h00, na rua da Assembleia, em frente ao nº 10, Centro, nesta cidade, foram efetuados disparos de arma de fogo contra a vítima João, sem contudo atingi-la, por erro no modo de execução?

2º Quesito:

O réu, fulano de tal, no dia 15 de janeiro de 2009, por volta das 10h00, na rua da Assembléia, em frente ao nº 10, Centro, nesta cidade, foi quem efetuou os disparos de arma de fogo contra a vítima João, sem contudo atingi-la, por erro no modo de execução?

Se os jurados responderem **negativamente** a qualquer dos quesitos anteriores, o réu estará absolvido (§ 1º do art. 483).

3º Quesito:

O réu Fulano, assim agindo, tentou matar a vítima?

Se a resposta for negativa, desclassifica-se o crime para que o juiz presidente possa julgar. Se for positiva, prossegue-se na votação.

4º Quesito:

O jurado absolve o acusado.

5º Quesito:

Existe causa de diminuição de pena em favor do réu?

6º Quesito:

O crime de homicídio tentado foi praticado para assegurar a execução de outro crime cometido pelo réu?

Segunda série (tentativa de homicídio qualificado contra a vítima Pedro) Repete-se na segunda série em relação à vítima Pedro toda a quesitação da primeira.

Terceira série (lesão corporal culposa em relação à vítima Antônio)

1º Quesito:

No dia 15 de janeiro de 2009, por volta das 10h00, na rua da Assembleia, em frente ao nº 10, Centro, nesta cidade, foram efetuados disparos de arma de fogo que lesionaram a vítima Antônio, causando-lhe lesões corporais descritas no A.E.C.D. defls.?

2º Quesito:

O réu, fulano de tal, no dia 15 de janeiro de 2009, por volta das 10h00, na rua da Assembleia, em frente ao nº 10, Centro, nesta cidade, foi quem efetuou os disparos de arma de fogo contra terceiras pessoas, sem contudo atingi-las, por erro no modo de execução, atingindo, culposamente, a vítima Antônio?

3º Quesito:

O jurado absolve o acusado?

Observação:

Tratando-se de concurso formal impróprio ou imperfeito, uma vez que o sujeito agiu com desígnios autônomos, ou seja, ele queria, com um único comportamento, matar os dois policiais, necessário se faz quesitar em séries distintas, inclusive, a lesão corporal culposa. Nesse caso, a regra será a da soma das penas, prevista na parte final do art. 70 do CP, já que o acusado agiu com desígnios autônomos.

Com a palavra, Rogério Greco:

“Situação diversa é aquela contida na parte final do *caput* do art. 70 do Código Penal, em que a lei penal fez prever a possibilidade de o agente atuar com desígnios autônomos, querendo, dolosamente, a produção de ambos os resultados.

[...]

Desígnio autônomo quer dizer, portanto, que a conduta, embora única, é dirigida finalisticamente, vale frisar, dolosamente, à produção dos resultados.

[...]

Quanto ao concurso formal impróprio ou imperfeito, pelo fato de ter o agente atuado com desígnios autônomos, almejando dolosamente a produção de todos os resultados, a regra será a do cúmulo material, isto é, embora tenha praticado uma conduta única, produtora de dois ou mais resultados, se esses resultados tiverem sido por ele queridos

inicialmente, em vez da aplicação do percentual de aumento de um sexto até metade, suas penas serão cumuladas materialmente.” 130

I) Tese única da defesa: negativa de autoria. Jurados que reconhecem a materialidade, a autoria, mas absolvem o réu nº 3º quesito (o jurado absolve o acusado?). Há contradição?

A resposta é negativa. Não há contradição, embora possa existir, aparente, perplexidade, pois se reconheceram a autoria como absolveram o réu? Simples. Os jurados, com o advento da Lei nº 11.689/08, não estão mais obrigados a seguir essa ou aquela tese defensiva, ou seja, podem absolver pelo motivo que quiser, independentemente de acolher a tese técnica jurídica defensiva exposta pelo advogado e/ou defensor público. O júri é soberano e soberania não é autonomia. Os jurados não estão sujeitos ao que as partes sustentam em plenário, salvo quanto aos limites da acusação, isto é, não podem aumentar o *thema decidendum* estabelecido pelo MP em sua acusação, mas não estão obrigados a seguir a tese técnica jurídica defensiva.

Se a defesa técnica sustentou, exclusiva e unicamente, a tese da negativa de autoria pode e devem os jurados absolver o réu por qualquer outro motivo se assim entender presente, diante do caso concreto (misericórdia, legítima defesa – pode ser que o júri, mesmo tendo a defesa sustentado a negativa de autoria, entenda que o réu é o autor, mas se defendeu de uma agressão injusta, atual e de forma moderada, mas não quis assumir a autoria. As provas podem levar os jurados a esse entendimento).

A soberania do júri é como se fosse o efeito devolutivo pleno da apelação perante o tribunal, isto é, os jurados ao julgarem a causa decidem como quiser em favor do réu da mesma forma que o tribunal de 2º grau pode (e deve) absolver o réu em exclusivo recurso do MP se entender que ele é inocente. O júri, portanto, é livre, soberano para decidir o caso penal.

Absolvido o réu, absolvido ficará. Não há contradição a ponto de justificar a anulação do julgamento. Contradição é dizer que o júri é soberano, que o sistema de provas no júri é o da íntima convicção, mas não aceitar a decisão do conselho de sentença que absolve o réu por uma razão diferente da sustentada pela defesa técnica.

O entendimento de determinados tribunais de anularem o júri e mandar voltar ao 1º grau para que os jurados rejuquem a matéria é desconhecadora da soberania do júri.

A Lei nº 11.689/08 veio simplificar os quesitos e os tribunais estão complicando. O STJ em decisão razoável reconhece o acerto da tese que os jurados podem reconhecer a autoria e absolver no quesito genérico.

HC 233420/DF

Ministro JORGE MUSSI

Quinta Turma

Data: 19/09/2013

1. Com o advento da Lei 11.689/2008, modificou-se a forma de elaboração dos quesitos de defesa, concentrando-se em um único questionamento – o que indaga se os jurados absolvem o réu – todas as teses sustentadas pelo acusado e por seu patrono em Plenário.

2. O quesito referente à absolvição é obrigatório, devendo ser elaborado mesmo quando a defesa se limite a negar a autoria ou a participação do acusado nos fatos narrados na denúncia. Doutrina. Precedentes.
3. No caso dos autos, ao apreciarem o questionário relativo ao paciente, os jurados, embora tenham respondido afirmativamente às proposições referentes à materialidade, à participação e à tentativa, houveram por bem absolvê-lo, tendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios anulado tal decisão, sob o argumento de que, sendo a negativa de autoria a única tese defensiva, não poderia o Juiz Presidente formular a indagação relativa à absolvição.
4. Tal entendimento contraria o artigo 483 da Lei Penal Adjetiva, que dispõe ser obrigatório o quesito referente à absolvição, não havendo que se falar em contradição pelo simples fato de os jurados haverem afirmado a materialidade e a participação do acusado, e em seguida o absolvido.
5. Em tais hipóteses, caso entenda que o veredicto é manifestamente contrário à prova dos autos, ao Ministério Público resta o recurso de apelação, o que foi feito na espécie, em que além de arguir a nulidade da quesitação, a acusação sustentou em seu apelo que o resultado do julgamento iria de encontro aos elementos de convicção existentes no processo.
6. Firmado o entendimento de que o quesito genérico relativo à absolvição do acusado é de formulação obrigatória, deve o Tribunal de origem prosseguir na apreciação do apelo interposto pelo Ministério Público.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão impugnado na parte em que anulou o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, determinando-se que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios aprecie o mérito da apelação interposta pelo Ministério Público.

Decerto, não há que se falar em contradição se levar em consideração um princípio constitucional basilar do tribunal do júri e o sistema de provas que rege a instituição: a soberania dos veredictos e o sistema da íntima convicção, respectivamente. O júri absolve, de acordo com a nova sistemática de quesitação (art. 483 CPP), pelo motivo que quiser e bem entender, por isso sempre sustentamos que a fundamentação seria imprescindível aos jurados (art. 93, IX, CR) a fim de que soubéssemos as razões de decidir.

4.3.E Art. 484 – leitura e impugnação dos quesitos

“Art. 484. A seguir, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito.” (NR)

Ao término dos debates, o juiz, em plenário, lerá os quesitos às partes e indagará delas se têm alguma reclamação a fazer, devendo constar da ata. Cabe ao juiz, nesse momento, decidir se aceita ou não a impugnação feita pela parte, porém aceitando-a ou não deverá constar da ata.

As partes devem fazê-lo se discordarem da elaboração dos quesitos, sob pena de ocorrer a preclusão temporal se se tratar de nulidade relativa, porém se for absoluta, poderá ser arguido em qualquer tempo e grau de jurisdição.

A novidade trazida pela reforma é a explicação dos quesitos pelo juiz, em plenário, aos jurados, fato que antes somente se dava na sala especial de votação. Trata-se de perda de tempo: explicar duas vezes a quesitação. Uma no plenário e depois na sala especial, novamente. Era melhor deixar como sempre foi: explicação dos quesitos aos

jurados na sala especial. Nada impede que os juízes deem tal explicação somente na sala especial, economizando tempo e evitando desgaste dos jurados.

4.3.E Art. 485 – votação na sala especial e advertência às partes

“Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.

§ 1º Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no *caput* deste artigo.

§ 2º O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.” (NR)

Se as partes e os jurados não tiverem nenhuma dúvida quanto à quesitação, o juiz encaminha todos à sala especial para proceder à votação dos quesitos.

Nos fóruns em que não houver sala especial, o juiz presidente determinará a retirada dos presentes do plenário e fará a votação no próprio local. Não existe mais sala secreta (antigo art. 476), mas sim sala especial de votação. Até porque a única coisa secreta é o voto dos jurados e não o resultado do julgamento e os incidentes que houver porque tudo consta em ata.

Enquanto estiver na sala de votação, não é permitido a nenhuma das partes qualquer intervenção que possa comprometer a imparcialidade dos jurados. O juiz deve advertir a todos que qualquer manifestação deve ser dirigida ao juiz presidente em forma de protesto ou esclarecimentos que serão dados por ele. Se alguma parte induzir com gestos a votação de um determinado jurado, será convidada a ser retirada da sala, ou quiçá poderá até ser anulada a votação e dissolvido o Conselho, dependendo do tipo de manifestação.

As partes já manifestaram sua intenção durante suas exposições orais. Na sala de votação devem permanecer em silêncio sem influenciar os jurados.

4.3.E Art. 486 – a incomunicabilidade dos jurados: cédula sim e cédula não

“Art. 486. Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não.” (NR)

A distribuição das cédulas com os dizeres “sim” e “não” é que constitui, no Tribunal do Júri, o cerceamento da comunicação dos jurados.

Na medida em que todas as decisões do poder judiciário devem ser fundamentadas (art. 93, IX, CR), não é lícito que no júri se façam perguntas e os jurados não possam discuti-las, abertamente, entre si, sendo obrigados, pela lei ordinária, a responder de forma fechada “sim” ou “não” quando a Constituição manda fundamentar.

Pensar que a Constituição não tem essa força normativa é um apego ao dogmatismo e uma visão literalmente

“ordinária” da Constituição. Em nome da Constituição há que se abolir as cédulas “sim” e “não” e deixar os jurados decidirem de acordo com sua consciência, mas nos limites da Constituição da República: art. 93, IX.

Lenio Streck nos ensina:

“Direito Constitucional, mais do que disciplina autônoma é modo de ser; é modo de agir; é uma construção como bem diz Hesse; mais do que isto, é condição de possibilidade do processo interpretativo. Nenhum texto poderá ter sentido válido se esse sentido não estiver de acordo com a Constituição.”¹³¹ (*grifo nosso*)

Nada mais castrador da linguagem do que as cédulas “sim” e “não” entregues aos jurados para que decidam a vida do outro. A desculpa que os “jurisconsultos de plantão” dão para a incomunicabilidade dos jurados não passa pelo filtro axiológico da ética da alteridade, pois a “finalidade última do Estado só pode ser a realização da felicidade plena para todos os homens, sem exclusões ou restrições. A felicidade é, com efeito, o fim supremo da vida humana, aquele que se basta a si mesmo. Todos os outros bens da vida não passam de meios para se atingir essa finalidade última”.¹³²

4.3.E Art. 490 – contradição entre as respostas aos quesitos

“Art. 490. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas.

Parágrafo único. Se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.” (NR)

A contradição dita no artigo em comento não será entre as respostas, mas sim um erro na quesitação feita pelo magistrado. Se quem realiza os quesitos é o juiz, os jurados apenas irão responder às perguntas que forem feitas.

Com a nova quesitação houve uma simplificação, sendo difícil e até impossível a ocorrência de divergências entre as respostas sem que antes se passe pelo erro da quesitação.

Exemplo de erro na quesitação que nada tem a ver com a contradição das respostas, embora ela exista, porém existe porque o juiz quesitou o que não era para quesitar:

Fato: Homicídio qualificado pelo motivo fútil.

Tese da defesa: legítima defesa e violenta emoção.

Quesitação.

1º Materialidade: Sim (Não há discordância entre as partes).

2º Autoria: Sim (Não há discordância entre as partes).

3º O jurado absolve o acusado? Não.

4º O crime foi praticado com violenta emoção logo após injusta provocação da vítima? Sim.

5º O crime teve motivação fútil? Sim.

Aqui nº 5º quesito os jurados reconheceram a futilidade quando nº 4º eles reconheceram a violenta emoção que, por si só, impede que o motivo seja fútil.

De quem é a contradição? Dos quesitos formulados pelo juiz. O juiz deveria dar por prejudicado o quesito referente à qualificadora. O que os jurados fizeram foi responder ao que o juiz perguntou. Portanto, com a nova quesitação adotada o erro será sempre do juiz e não “contradição entre as respostas”.

Trata-se de um dispositivo inútil, sem aplicação.

4.3.E Art. 492 – sentença do juiz presidente

“Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;
- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;
- d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;
- e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;
- f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

II – no caso de absolvição:

- a) mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso;
- b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas;
- c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.” (NR) (grifo nosso)

O Código, pelo que se depreende do artigo em comento, permite que o juiz reconheça circunstâncias agravantes¹³³ alegadas nos debates e sejam incluídas na sentença, ou seja, sem que haja pedido nesse sentido por parte do órgão acusador em peça da qual o réu possa, antes, defender-se.

A quesitação, segundo o Código, somente será feita se for causa de aumento de pena, mas se for circunstância agravante, não. Esta o juiz poderá reconhecer na sentença. Errado.

Trata-se de flagrante violação ao princípio da demanda: *nenhum juiz prestará tutela jurisdicional se não quando provocado pela parte ou pelo interessado*. Ora, se não há pedido do Ministério Público, não pode este sustentar, perante o Conselho de sentença, condenação por qualquer circunstância agravante ou causa de aumento de pena, pois esta é fato e, como tal, deve estar descrita na denúncia e reconhecida na pronúncia.

Verdadeiro julgamento *ultra petita*.

Nas causas de aumento de pena, o legislador estabelece um *quantum* em fração (por exemplo, aumento de um

terço no furto noturno: art. 155, § 1º), e nas circunstâncias agravantes não há um *quantum* estabelecido para ser aplicado, deixando-se a critério do juiz, que deve, pensamos, usar da razoabilidade, isto é, aplicar o mínimo de um sexto do *quantum* fixado.¹³⁴

Pensar, simplesmente, que a circunstância agravante genérica é inerente à pena é desconhecer que ela, tratando-se de um fato, integra um pedaço da vida¹³⁵ e como tal deve ser descrita para que o réu possa dela se defender, sob pena de violação ao direito de ampla defesa e ao contraditório. Não confundir “pedaço da vida” com pedaço do “fato típico”. Não é porque não está integralmente no tipo que não se deve narrar na denúncia para que o réu possa se defender. O réu se defende de fatos e, para que possa se defender, tais fatos devem estar descritos na denúncia e, consequentemente, reconhecidos na pronúncia.

O Código permite ainda que o juiz possa, na sentença, *impor os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo Júri*, ou seja, tal admissão pelo júri, de aumento de pena, somente poderá ocorrer se a causa especial estiver descrita na petição inicial penal, pois, do contrário, haverá julgamento *ultra petita*.¹³⁶

Destarte, somos de opinião que tanto a circunstância agravante como a causa de aumento de pena devem estar descritas na denúncia e reconhecidas na pronúncia para que o juiz possa quesitar aos jurados e colocar em sua sentença, se for julgada.

Se os jurados desclassificarem o crime doloso contra a vida para outro de competência do juiz singular e a infração penal for de menor potencial ofensivo, caberá ao magistrado presidente do júri aplicar os institutos despenalizadores do juizado especial criminal, sem que seja necessária a remessa dos autos ao JECRIM, como antes alguns doutrinadores sustentavam.

A lei agora é clara. Sempre defendemos esse entendimento e éramos atacados com o argumento pífio de que em sendo competência do JECRIM, é absoluta e constitucional e não poderia o juiz do júri aplicar tais institutos.

Ora, a competência do júri também é constitucional e ninguém diz que o júri não pode julgar um crime de roubo conexo com o homicídio. Onde está a competência, na Constituição, para que o júri julgue um crime de roubo conexo com o homicídio? Não há. A regra é de processo (art. 78, 1) e essa mesma regra é que se aplicava ao crime de menor potencial ofensivo conexo com o homicídio.

Se houver conexão do crime doloso contra a vida com outro afeto ao juiz singular (homicídio e roubo) e o crime doloso contra a vida (homicídio) for desclassificado, caberá ao juiz presidente do Tribunal do Júri julgar o crime conexo (roubo), não sendo mais lícito aos jurados emitirem qualquer juízo de valor sobre a infração conexa.

Acaba, definitivamente, aquela discussão que havia se os jurados teriam competência ainda para emitir julgamento sobre o crime conexo, não doloso contra a vida, aplicando-se o art. 81 do CPP. Agora a regra é clara: **caberá ao juiz presidente o julgamento do crime conexo.**

Se no júri houver desclassificação para um crime de menor potencial ofensivo, o juiz presidente, antes de proferir a sentença, dá a palavra ao MP para se manifestar sobre a proposta de transação penal. Havendo a proposta e sendo aceita pelo acusado e seu defensor, encerra-se o processo com a homologação judicial da transação penal. Não havendo proposta de transação penal, o juiz profere sentença pelo crime de menor potencial ofensivo.

É na sala especial de votação que o juiz pergunta, desde logo, ao MP se fará a proposta de transação penal e, consequentemente, de suspensão condicional do processo. Em sendo positiva a resposta, dá a palavra ao MP, que fará a proposta. Em sendo negativa, profere sentença julgando como bem entender.

A prática forense em que o juiz profere a sentença e depois dá a palavra ao MP para se manifestar sobre a proposta tornando-a sentença condicional (dependendo do aceite ou não da proposta) é confusa e atécnica. O certo, pensamos, é dar primeiro a palavra ao MP e depois, em não havendo proposta, proferir a sentença.

A sentença proferida pelo juiz presidente do júri é lida em plenário, não sendo lícito ao juiz proferir sentença em dia diferente ao do julgamento. Não importa quanto tempo ou dias demore a sessão de julgamento. Quando terminar, a sentença será lida em plenário perante os jurados, as partes e o público que estiverem presentes. É nesse momento que as partes estão, devidamente, intimadas da decisão, correndo o prazo para interposição do cabível recurso.

“Art. 493. A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento.”
(NR)

Na sentença, deverá o juiz dizer qual foi a tese, se houver, da defesa ou o motivo da absolvição a fim de que o MP possa, se quiser, impugnar a decisão dos jurados, através do recurso de apelação (art. 593, III, *d*).

O entendimento de que o recurso de apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos foi revogado é equivocado. Tal entendimento parte do pressuposto de que quando o art. 483, III, manda quesitar aos jurados “se o acusado deve ser absolvido”, permite que haja uma decisão que não necessariamente tenha arrimo nos autos, razão pela qual, para esta corrente, não haveria mais o recurso por decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Ledo engano.

Os jurados nunca fundamentaram suas decisões, logo nunca se soube, ao certo, por que eles decidiram daquela forma. Pode parecer, à primeira vista, que foi pela tese defensiva, mas não se sabe ao certo, até porque quando fugiam das provas dos autos, impetrava-se esse recurso. Já vimos casos em que a defesa sustentou legítima defesa e os jurados negaram a autoria, e aí?

Hoje, com a reforma, o juiz é que não precisa mais quesitar, se não houver possível tese da defesa, e os jurados podem absolver pelos motivos que bem entenderem, como sempre foi, até porque sempre foram soberanos, embora agora de uma forma mais elástica. O juiz não precisa mais ficar ali, no plenário, prestando atenção na tese da defesa para quesitá-la ao final, embora ela possa existir (mas tem que ficar no plenário presidindo a sessão).

Contudo, a sustentar a revogação desse motivo da apelação (art. 593, III, *d*) revoga-se para a acusação e para a defesa, pois pelo princípio da taxatividade dos recursos eles devem estar previstos em lei e não faria sentido ele existir só para a defesa e não à acusação, salvo se a lei assim dispusesse, como fazia no protesto por novo júri. **Nossa posição:** o recurso de apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos está em vigor para ambas as partes.

4.3.E Art. 497 – atribuições do juiz presidente

Diferente do que se possa pensar, o juiz presidente no júri não é uma figura morta que entra muda e sai calada. Tem atribuições importantes que devem ser exercidas visando a legalidade e urbanidade do julgamento. Vejamos.

“Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

I – regular a polícia das sessões e prender os desobedientes;”

Durante o julgamento é necessário que o juiz exerça o poder de polícia na sessão, isto é, mantenha o recinto em silêncio para que as partes possam exercer seu papel, durante os debates. Se houver qualquer manifestação que perturbe a paz na sessão, o juiz mandará o desobediente se retirar, ou quiçá, o prenderá por desobediência (desacato ou resistência).

É comum, durante o julgamento do réu, o plenário ficar lotado com a presença de familiares da vítima e/ou do acusado, acarretando manifestações de ambos quando da fala do promotor ou da defesa o que, por si só, pode prejudicar a imparcialidade do Conselho de sentença. Caberá ao juiz manter a ordem determinando, se for o caso, a retirada dos inconvenientes do recinto, ou sua prisão, se cometerem crimes.

“II – requisitar o auxílio da força pública, que ficará sob sua exclusiva autoridade;”

Dependendo do julgamento, pode ser necessário que haja a presença de agentes de segurança (PMs, guardas do tribunal, polícia civil, polícia federal) em plenário para dar efetividade ao julgamento, diante da periculosidade do réu, ou até mesmo para garantir a sua segurança, diante de eventual comoção social com o crime.

Há crimes que revoltam a população, que tenta invadir o fórum para linchar o réu. Nesse caso, mister se faz a presença de agente de segurança.

“III – dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes;”

As partes, durante os debates, podem, indevidamente, se exceder no uso da linguagem, proferindo impropérios uma contra a outra, trazendo prejuízos ao bom andamento da sessão, bem como a compreensão dos jurados. Caberá ao juiz intervir advertindo a parte que esteja se comportando de forma inadequada a moderar sua linguagem a fim de se manter a urbanidade no julgamento.

Júri não é palco para brigas, mas para discussão de teses jurídicas. Como dizia Tancredo Neves, “não são os homens, mas as ideias que brigam”.

O promotor e a defesa não devem ficar interrompendo um ao outro, durante suas falas, pois isso é prejudicial aos jurados que irão julgar e estão tendo, pela primeira vez, contato com os fatos.

O uso de palavrão ou qualquer palavra de baixo calão no júri é inadmissível. Deve ser, imediatamente, coibido pelo juiz. Trata-se de excesso de linguagem.

“IV – resolver as questões incidentes que não dependam de pronunciamento do júri;”

No curso do júri podem acontecer situações que exijam do juiz uma resolução imediata e que são questões meramente de direito. Se a defesa alega, por exemplo, que o réu já responde pelo mesmo fato em outro juízo e que, portanto, há litispendência, caberá ao juiz decidir.

Se o MP alega que, auto de exame cadavérico que se encontra nos autos é de outra vítima porque foi juntado materialmente, errado, caberá ao juiz decidir se dissolve o Conselho e marca nova data para o julgamento com a juntada do auto de exame cadavérico correto, ou se apenas suspende a sessão para que se regularize a situação e

prossiga-se com o julgamento.

Enfim, inúmeras situações podem surgir e quem decidirá é o juiz.

“V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;”

O direito de ampla defesa, no júri, é exercido até contra a vontade da defesa técnica, isto é, se o advogado não está defendendo o réu de forma a ilidir com eficiência a imputação penal, deixando-o indefeso, o juiz poderá constituir novo defensor ao acusado para, em outra data, defendê-lo em plenário.

A presença do magistrado, durante a sessão, é de suma importância para que possa assegurar a efetividade dos direitos e garantias individuais.

Vivemos um caso no júri de um pai, advogado, que foi defender seu filho acusado de um homicídio. Durante 45 minutos falou da infância do filho e como ele era um bom garoto com a mãe, tias, primos etc. Quando completou uma hora de fala e nenhuma defesa técnica, pedimos licença ao magistrado para suspender a sessão por alguns minutos e solicitamos, no gabinete do juiz, com a defesa técnica presente, a dissolução do conselho, explicando ao pai (advogado) o porquê de nossa postura: proteção do sagrado direito de ampla defesa.

E para aqueles que pensam que isso é proteger bandido informamos: novo júri foi marcado com defensor público e o réu foi, devidamente, condenado a 19 anos de reclusão. Nada tem a ver uma coisa com outra. Podemos e devemos proteger os direitos e garantias individuais e o réu, se for o caso, ser condenado.

“VI – mandar retirar da sala o acusado que dificultar a realização do julgamento, o qual prosseguirá sem a sua presença;”

Pode acontecer de o réu se comportar de forma inconveniente em plenário com ameaças às testemunhas, insinuações ao promotor e/ou funcionários, interrupções verbais indevidas, fazer caras e bocas aos jurados, enfim, uma série infindável de situações que autorizem o juiz a retirá-lo da sessão, tudo em nome do poder de polícia que exerce e que já falamos no inciso I.

“VII – suspender a sessão pelo tempo indispensável à realização das diligências requeridas ou entendidas necessárias, mantida a incomunicabilidade dos jurados;”

Durante os debates, ou até antes de começá-los, pode ser necessária a realização de alguma diligência com o escopo de dar efetividade ao julgamento, tipo: oitiva de uma testemunha faltante e que as partes, ou só uma delas, não abra mão de ouvi-la; juntada de um documento, já requerido nos termos do art. 479, que já foi deferido nos autos, mas por algum motivo o cartório ainda não o juntou, ou o retirou dos autos; a apresentação da arma do crime, requerida nos termos do art. 422.

A incomunicabilidade do júri é a impossibilidade que se coloca aos jurados para que não venham a conversar sobre o fato objeto de julgamento, isto é, nada tem a ver com a incomunicabilidade o fato de um jurado conversar com outro sobre uma partida de futebol ou qualquer outro assunto estranho ao julgamento. *Há* juízes que exageram na incomunicabilidade: anulam julgamentos porque os jurados falam entre si sobre coisas que nada têm a ver com o julgamento. A que se compreender o espírito da incomunicabilidade: evitar prévio julgamento e contaminação de um

jurado sobre outro (nós não acreditamos nisso, mas enfim..., é o que a doutrina diz).

“VIII – interromper a sessão por tempo razoável, para proferir sentença e para repouso ou refeição dos jurados;”

As sessões do Tribunal do Júri são *cansativas e longas*, necessitando compreensão dos juízes durante o julgamento para descanso dos jurados. O julgamento no júri deveria ter hora para começar e terminar e, se necessário, continuaria no dia seguinte. Do contrário, o cansaço absorve a energia dos jurados que, quando na sala especial, *não entendem a quesitação e o que devem responder*.

O juiz, após a decisão dos jurados, se recolhe ao seu gabinete para proferir a sentença que deve ser lida em plenário, demore quanto tempo for (art. 493). Alguns juízes, mais experientes, durante o julgamento, sentindo o que vai acontecer, elaboram logo o relatório e o esboço da sentença, aguardando apenas a decisão dos jurados, até mesmo pela fala das partes (o MP pode postular o que a defesa pretende, ou as partes fazem um acordo quanto a um “pedaço da acusação”). Tudo isso agiliza o julgamento e em nada fere a imparcialidade do juiz porque não é ele quem irá julgar e sim os jurados.

“IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer destes, a arguição de extinção de punibilidade;”

A matéria atinente à extinção da punibilidade é matéria de ordem pública e pode ser conhecida pelo juiz de ofício, independentemente de manifestação de quem quer que seja. Entendemos que, durante o julgamento, ou, antes de começá-lo, poderá ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva retroativa, considerando a data do fato e as causas de interrupção da prescrição futuras (recebimento da denúncia, pronúncia, acórdão confirmatório da pronúncia). Ora, para que realizar um julgamento de um fato que estará prescrito quando for dada a sentença? Não vemos razão plausível para isso, só para os amantes da ritualística.

“X – resolver as questões de direito suscitadas no curso do julgamento;”

O juiz presidente resolve todas as questões de direito que forem suscitadas pelas partes durante o julgamento, *já que ao júri* restariam as questões de fato alegadas pelas partes. Matéria referente ao direito: quesitação; arguição de nulidade; contradita de testemunha; recebimento ou não de recurso etc.

“XI – determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade;”

E possível que durante o julgamento seja necessário o juiz determinar uma diligência para esclarecer uma dúvida, ou sanar um vício processual. Pode uma das partes, por exemplo, ler um depoimento de forma a trazer dúvida ou curiosidade a um jurado que requer ao juiz a leitura do depoimento. Ou ainda, a leitura do laudo que foi objeto de divergências entre as partes. O jurado tem direito de requerer ao juiz a leitura de qualquer peça processual.

“XII – regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra.

podendo conceder até 3 (três) minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo desta última.”
(NR)

É comum, durante os debates entre as partes, uma parte intervir na fala da outra para fazer alguma observação, seja para exercer o contraditório, seja para esclarecer um dado que não está correto, seja para confundir ou quebrar o raciocínio da parte contrária, enfim, são vários os motivos.

O aparte (comentário ou observação com que se interrompe quem discursa, conferência, conversa etc. – **Houaiss**) é solicitado à parte que está falando e não ao juiz. É um procedimento delicado que deve ser pensado pela parte que irá adotá-lo. O comportamento da parte de ficar berrando da sua tribuna pode acarretar prejuízos aos jurados ou a si próprio.

O aparte nunca foi disciplinado legalmente. Era usado no dia a dia forense e, quando havia abuso de quem interrompia o orador, este pedia ao juiz que “garantissem sua palavra”.

Agora, a Lei nº 11.689/2008, ao reformar o Código de Processo Penal, dá ao juiz o poder de regulamentar o aparte.

Entendemos que o aparte deve (ou não) ser concedido pela parte, não pelo juiz. Nesse sentido, surgem no júri o **aparte consentido** e o **aparte autorizado**. O aparte consentido será aquele em que o orador permite que seja realizado, sem que necessite da intervenção do juiz. Caso haja negativa do orador e intervenção indevida da outra parte, o juiz, se provocado e achando pertinente, intervém autorizando o aparte e concedendo o prazo de três minutos à parte que deseja falar e que serão acrescidos à fala do orador que foi interrompido.

Se o orador consente no aparte, não há que se acrescentar três minutos à sua fala. O acréscimo de tempo somente se dará no aparte autorizado.

A regulamentação do aparte visa acabar com a balbúrdia que se instala às vezes em plenário com a gritaria das partes, com sérios prejuízos à compreensão dos fatos pelos jurados. A interrupção da defesa, pelo MP, às vezes, leva ao descrédito da fala do promotor perante os jurados, que podem entender que há um certo desespero da acusação com a fala da defesa, tanto que está interrompendo a parte contrária. O inverso também é verdade. Logo, o aparte tem que ser muito bem pensado e calculado pelas partes.

O verdadeiro aparte é aquele em que se lança uma observação importante sobre um ponto controverso da fala de quem detém a palavra, visando ao esclarecimento e à reflexão dos jurados durante os debates. O discurso paralelo entre as partes, se educado e elegante, pode ser elucidativo e esclarecedor aos jurados. É a dialética processual.

Os debates devem se pautar no âmbito do respeito mútuo, lealdade e boa-fé entre as partes sem intervenções desnecessárias e descabidas que podem muito mais atrapalhar os jurados do que esclarecer os fatos.

Destarte, a intervenção judicial no aparte somente se dará quando o orador não permitir a interrupção de sua fala, sendo interrompido pelo juiz que concederá três minutos à parte contrária para fazer sua observação, acrescentando esse tempo à fala do orador. O juiz terá que ter equilíbrio e bom-senso para perceber que em alguns casos o que se quer é interromper o orador, razão pela qual não autorizará o aparte. Se o orador não concede o aparte e o juiz não o autoriza, caberá à parte que solicitou ficar em silêncio e ouvir o orador, sem interrupções, sob pena de advertência verbal do juiz.

4.3.E Revogação do protesto por novo júri

O protesto por novo júri era recurso exclusivo da defesa, ou seja, somente poderia ser utilizado em nome da defesa do réu, em prol da sua liberdade de locomoção. Não poderia ser utilizado pelo Ministério Público em desfavor do acusado. Era recurso interposto do júri para o júri. Não havia apreciação por órgão jurisdicional *ad quem*, pois tratava-se de recurso interposto perante o presidente do Tribunal do Júri, que, preenchidas as formalidades legais, deferia, dando provimento ao recurso e marcando novo júri. Há, com o provimento, invalidação do primeiro julgamento, não obstante não ter ocorrido *error in procedendo*.

No protesto por novo júri, não há necessidade de se ofertar razões recursais, pois os motivos que autorizaram a interposição do recurso serão discutidos e debatidos pelas partes em novo julgamento.

A Lei nº 11.689/2008, em seu art. 4º, revogou o recurso de protesto por novo júri.

Contudo, fica uma pergunta que, desde já, não quer calar: a lei, nessa parte, é retroativa ou não? Aplica-se aos fatos que lhe são anteriores ou somente para os que forem cometidos durante sua vigência?

Aqui reproduzimos ao leitor o artigo que publicamos na **Revista do IBCCRIM (REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)** nº 188, anº 16, jul. 2008, edição especial, pág. 2, com o título de “O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL MATERIAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL”, *in verbis*:

“O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL MATERIAL GARANTIA FUNDAMENTAL

É cediço, em doutrina e jurisprudência pátrias, que o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa tem inteira aplicação no âmbito do direito penal, pois lei posterior que de qualquer modo vier a prejudicar o agente não terá aplicação retroativa, ou seja, não poderá alcançar os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor” (Greco, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 9. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 119, v. 1).

Até aqui nenhuma novidade, muito menos dificuldade de compreensão.

Art. 5o, XL, da CR – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

O problema é quando nos deparamos com uma modificação processual penal.

Até porque toda a doutrina, quando trata do princípio, o analisa apenas no âmbito do direito penal, como se o processo penal não fosse lei penal ou como se o princípio da aplicabilidade imediata, com sede infraconstitucional (art. 2º do CPP), se sobrepusesse à Constituição da República. E pior: como se o tal ‘tempus regit actum’ tivesse a força normativa da Constituição. Ledo engano.

Tourinho nos define o que são normas penais: todas aquelas que atribuem virtualmente ao Estado o poder punitivo, ou também, aos órgãos do mesmo Estado ou a particulares o poder de disposição do conteúdo material do processo, vale dizer da pretensão punitiva (Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. 29. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 117, v. 1).

Destarte, podemos asseverar que existem normas processuais penais materiais que são amparadas pelo princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, por se tratar da garantia política do cidadão contra o exercício arbitrário do estado e da sua mínima intervenção na esfera das liberdades públicas. Isso é viver em um Estado Democrático de Direito. É o preço que pagamos por vivermos em uma democracia (Carvalho, Américo Taipa de. Sucessão de Leis Penais. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1997. p. 263).

Se o conteúdo do texto legal for de direito processual penal material devemos submetê-lo à Constituição da República, sob pena do princípio da aplicabilidade imediata (art. 2º do CPP) se sobrepor ao da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL, da CR). Em nenhum momento a Constituição diz que o referido princípio, ou que a expressão ‘lei penal’, somente se aplica ao direito penal material. Disso se ocupam os inimigos da Constituição, os que pensam ser ela apenas uma folha de papel.

Não há conflito entre os dois princípios, nem poderia haver. O que há é um ‘mal-estar hermenêutico’ (Lenio Streck), ausência de interpretação constitucional.

Trata-se de (re)afirmação dos direitos e garantias fundamentais. Quer-se dizer: normas que fundam, que servem de alicerce, que dão início a uma construção, que tem caráter essencial e determinante e, por isso, dão origem ao Estado Democrático de Direito.

Logo, pergunta-se: a Lei nº 11.689/2008 quando suprime o recurso de protesto por novo júri aplica-se aos fatos (crimes) anteriores a sua vigência?

Entendemos que não. Vejamos.

O recurso de protesto por novo júri tem sua origem no Império, quando o réu era condenado a pena de cinco anos de degredo ou desterro, três de galés ou prisão, ou pena de morte (art. 308 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância), dando ao acusado a oportunidade de ser levado a novo julgamento a fim de que eventual erro judiciário pudesse ser revisto e reparado.

Ingressando na República mudamos sua fundamentação: será admissível sempre que a pena for igual ou superior a 20 anos de reclusão. Trata-se de matéria, exclusivamente, de direito penal benéfica ao réu que, uma vez excluída do código, tem ultra atividade aos fatos que foram cometidos antes de 09/08/2008 (vigência da Lei nº 11.689/2008). Em outras palavras: a Lei nº 11.689/2008, quando revoga o protesto por júri, é mais gravosa não podendo retroagir para alcançar os fatos que lhe são pretéritos.

Trata-se de aplicação do princípio constitucional da irretroatividade da lei processual penal mais severa (art. 5º XL), sob pena de criarmos uma instabilidade jurídica. A lei nova, se benéfica, retroage. Do contrário, irá regular os fatos futuros. O princípio da aplicabilidade imediata da lei processual penal (art. 2º do CPP) tem que passar no filtro axiológico da Constituição, ou seja, se for benéfica a lei processual penal nova aplica-se, desde logo, aos fatos sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Do contrário, não.

No caso em tela, a revogação do protesto por novo júri é prejudicial ao réu que, quando na data do fato, tinha direito ao novo julgamento, caso fosse condenado ao quantum de pena igual ou superior a 20 anos de reclusão, em primeiro julgamento. As regras dos arts. 607 e 608 revogadas são de direito processual penal material. Envolvem pena e o direito amplo de defesa.

Somos contra a revogação do protesto por novo júri. Na democracia não se luta para perder direitos, mas para conquistá-los e preservá-los. Melhor seria mudar a fundamentação do recurso. Caberia sempre que a decisão dos jurados fosse por 4 × 3, condenando ou absolvendo. Ou se aumentássemos o número de jurados para 12, exigindo decisão por maioria, quando houvesse empate adotaríamos o resultado mais favorável ao réu.

Vamos aguardar o que a doutrina e os tribunais irão dizer.”

Se o leitor quiser estudar o recurso, veja nosso **Direito processual penal** (15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 848).

Em síntese apertada, essas são as principais *velhas inovações* da reforma, pois, como se viu, em nada de importante, quanto ao compromisso com um processo penal democrático, mudou a reforma da atual situação.¹³⁷ A reforma analisada é fruto da famigerada reforma parcial, pois não há reforma do conjunto, do sistema, não há base principiológica na referida reforma.

¹ PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimentos e aspectos do julgamento e questionários. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 42.

² PORTO, op. cit., p. 336.

³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 844.

⁴ Funcionários públicos, profissionais liberais e estudantes, todos inseridos no sistema, em detrimento daqueles *outros*, em regra, excluídos socialmente e desempregados.

⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 4, p. 409.

⁶ TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 83.

⁷ “Dos doze milhões de habitantes existentes à época [final do século XIX] ele [um biólogo francês chamado Louis Couty] separava, em um extremo, 2 milhões e meio de índios e escravos, que classificava como excluídos da sociedade política. No outro extremo, colocava 200 mil proprietários e profissionais liberais que constituíam a classe dirigente. No meio ficavam 6 milhões que, segundo ele, nascem, vegetam e morrem sem ter servido ao país. Não havia em lugar algum massas de eleitores sabendo pensar e votar, capazes de impor ao governo uma direção definida [...]. De acordo com os dados do censo de 1920, em 30 milhões de habitantes, apenas 24% sabiam ler e escrever” (CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil** longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 64).

⁸ TARDE, op. cit., p. 129.

⁹ CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 32.

¹⁰ Cesare Lombroso, italiano, professor universitário de psiquiatria, medicina forense, higiene e criminologia, nasceu 6 de novembro de 1835 em Verona e morreu em 19 de outubro de 1909 em Turim, Itália. Tornou-se mundialmente famoso por seus estudos e teorias no campo da **caracterologia**, ou a relação entre características físicas e mentais dos indivíduos.

Lombroso relacionava certas características físicas, v. g., o tamanho da mandíbula, à psico - patologia criminal, ou à tendência inata de indivíduos sociopatas e com comportamento criminal.

¹¹ Hereditariedade biológica pela qual o indivíduo recebe toda a carga genética de seus ascendentes remotos, tais como características psicológicas, intelectuais e comportamentais. São crimes cometidos nas classes populares mais pobres, mais rudes.

- ¹² BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas** : um estudo sobre preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 257.
- ¹³ ZAFFARONI, op. cit., p. 443.
- ¹⁴ FOUCAULT, **Em defesa...**, op. cit., p. 304.
- ¹⁵ ALONSO, Pedro Aragonese**Proceso y derecho procesal**: introducción. 2. ed. Madri: EDR, 1997. p. 263 (é necessário dizer que Aragonese Alonso é ferrenho crítico do júri, ou seja, a frase acima é dele, porém citada em outro contexto. Trata-se apenas de fidelidade à utilização da frase, mas não que o autor espanhol seja defensor e amante do júri, muito pelo contrário. Para tanto, confira-se *Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal*, publicada em Madrid no ano de 1950. p. 223-224, onde o autor citado faz ferrenha crítica à instituição do júri e também a obra de LOPES JR., Aury.**Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 146, onde há citação de Aragonese: criticando o júri).
- ¹⁶ GADAMER, Hans-Georg**Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 574.
- ¹⁷ Art. 1º É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais – Libras e outros recursos de expressão a ela associados. Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais – Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil. Art. 2º Deve ser garantido, por parte do poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais – Libras como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil. Art. 3º As instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva, de acordo com as normas legais em vigor.
- Art. 4º O sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais – Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais – PCNs, conforme legislação vigente. Parágrafo único. A Língua Brasileira de Sinais – Libras não poderá substituir a modalidade escrita da língua portuguesa.
- ¹⁸ SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 11.
- ¹⁹ Os juízes deveriam expedir ofícios aos institutos dos deficientes visuais (no Rio de Janeiro, Instituto Benjamin Constant) para que eles enviassem nomes de pessoas deficientes visuais a fim de que elas pudessem participar do conselho de sentença. Seria decisão respeitadora das diferenças entre os iguais.
- ²⁰ VELASCO, Pilar de Paul, ob. cit. p. 89.
- ²¹ GOMES, Luiz Flávio e outros**Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 130.
- ²² DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p. 417.

²³ “Nunca se pensa que as amplas garantias no processo são para todos. Isso só é lembrado quando um mal grave acontece para algum conhecido próximo. Mas as garantias são para todos. O mal é que as garantias processuais têm sido observadas mais para os ‘normais’. A investigação e o processo penal têm atingido predominantemente os estigmatizados. As penas impingidas para os estigmatizados” (BACILA, **Estigmas...**, op. cit., p. 257).

²⁴ STRECK, **Tribunal...**, op. cit., p. 130.

²⁵ STRECK, **Tribunal...**, op. cit., p. 131.

²⁶ “A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez e espetacular eficiência cada vez maior.

Infelizmente, a tecnologia não causa impacto nas vidas dos pobres do mundo. De fato, a globalização é um paradoxo: é muito benéfica para poucos, mas deixa de fora ou marginaliza os dois terços da população mundial” (BAUMAN, **Globalização...**, op. cit., p. 79).

²⁷ Redação da Lei nº 11.689/2008.

²⁸ Na Alemanha, “a cada quatro anos, os municípios apresentam listas de indicação de escabinos. A lista de indicações deve levar convenientemente em consideração todos os grupos da população (§ 36 GVG). Para assegurar-se disto e, simultaneamente, excluir desta forma uma possível seleção tendenciosa, pratica-se em alguns municípios um procedimento aleatório, por exemplo, mediante seleção dos candidatos extraída do censo eleitoral geral ou, até, da lista telefônica” (CHOUKR e AMBOS, **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 12).

²⁹ Cf. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 797, onde o autor discorre sobre a especulação financeira e a exploração do trabalhador brasileiro no mercado de trabalho.

³⁰ Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos e notória idoneidade.

³¹ Cf. arts. 437 e 438, ambos do CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008.

³² MARQUES, J. R., **A instituição...**, op. cit., p. 88.

³³ DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p. 564.

³⁴ Cf. art. 3º, IV, c/c art. 5º, *caput*, ambos da CR.

³⁵ MARCHI, op. cit., p. 210. Na obra é relatada a história de Manoel da Motta Coqueiro, acusado de ser o mandante da morte de uma família de oito colonos (marido, mulher e seis filhos). Coqueiro foi processado e condenado à pena de morte, em 19 de janeiro de 1853, e enforcado em 1855. O processo não tinha provas testemunhais nem periciais convincentes. O juiz foi totalmente parcial durante o julgamento. O povo queria vingança. Com direito a um novo júri, o mesmo foi marcado com rapidez, porque o que se queria era a condenação. Em 28 de março de 1853, iniciou-se o segundo julgamento com repetida condenação à força, nos termos do art. 192 do Código Criminal do Império. Morto, descobriu-se que ele era inocente e que foi vítima de uma grande conspiração por seus adversários. O Imperador Pedro II decidiu que ninguém mais seria condenado à morte no País, não obstante a legislação permanecer a mesma, pois uma vez condenado, o Imperador indultaria.

- ³⁶ Projeto Frederico Marques (o Projeto Frederico Marques, revisto por comissão formada por Benjamin Moraes Filho, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves, tomou o número 633/75); Hélio Bastos Tornaghi (Portaria nº 320, de 26 de maio de 1981, do Ministro da Justiça); e o último, Ada Pellegrini Grinover (Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000).
- ³⁷ “Os reformadores contemporâneos, olvidando este traço que funda o CPP (a política criminal de defesa social) ressuscitam os velhos argumentos do legislador do Estado Novo, potencializando sua face autoritária” (CARVALHO e CARVALHO, op. cit., p. 100).
- ³⁸ Desde a promulgação do CPP de 1941 já tivemos a Constituição de 1946; a de 24 de janeiro de 1967 (com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969); e a última, de 1988. Contudo, o Código de Processo Penal é o mesmo.
- ³⁹ “Torna-se fundamental sustentar, tendo como pressuposto a negação das legislações emergenciais, a recodificação das leis penais e processuais penais. Mais, percebe Ferrajoli a necessidade de introdução, em sede constitucional, de uma ‘reserva de código’ penal e processual penal como forma de impedir respostas meramente simbólicas do poder público às demandas sociais criminalizantes. Criar-se-ia, pois, uma metagarantia destinada a imunizar as garantias das reformas parciais, assistemáticas e contingenciais [...]. Os reformistas, ao sustentar a inexequibilidade de uma reforma total, acabam optando por reformas tópicas, demonstrando demasiado otimismo, como se esse modelo fosse idôneo para reorganizar um sistema cuja estrutura é absolutamente autoritária. A justificativa apresentada é a de que uma reforma total, seguida de um processo de recodificação da matéria esparsa, [...] não seria exequível operacionalmente” (CARVALHO e CARVALHO, op. cit., p. 108).
- ⁴⁰ “O tribunal popular, durante o longo período que precedeu ao Decreto-lei nº 167, de 1938, sempre foi um dos setores de atuação da política local. A relativa impunidade dos capangas dos ‘coronéis’ encontrava sua explicação principal na influência que os chefes políticos locais exerciam sobre o júri. Pôr na rua ou fazer condenar quem tivesse cometido algum crime tem sido, tradicionalmente, problema importante para a política local, sobretudo quando o criminoso, ou seu mandante, ou vítima têm atuação partidária de relevo. [...] Não era, pois, somente a ‘lógica do sentimento’ que informava a decisão do júri, senão ainda a ‘lógica partidária’, que nem sempre funcionava para absolver, mas também para condenar. Na influência da política local sobre os julgamentos populares podemos observar, nitidamente, como a autoridade própria dos ‘coronéis’ deriva de sua ascendência econômica e social, é reforçada pela autoridade de empréstimo, recebida do governo estadual através do compromisso característico do ‘coronelismo’” (cf. LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 234).
- ⁴¹ JARDIM, 2007. p. 98.
- ⁴² TORNAGHI, 1991. p. 43, v. I.
- ⁴³ TORNAGHI, ob. cit. p. 43, v. I.
- ⁴⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo**.
- ⁴⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1973. p. 82.

- ⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 354.
- ⁴⁷ TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1, p. 429.
- ⁴⁸ TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1, p. 429.
- ⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 7.
- ⁵⁰ Tradução livre do autor – **Derecho y razón**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 607.
- ⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade** : a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 24.
- ⁵² SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho G. **Segurança pública e democracia**: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 53.
- ⁵³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 404.
- ⁵⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 112.
- ⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 81.
- ⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008. p. 91.
- ⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização** : as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 55.
- ⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 155.
- ⁵⁹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 30.
- ⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul et al **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 296.
- ⁶¹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. p. 538.
- ⁶² BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. p. 538.
- ⁶³ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. p. 538.
- ⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe **Instituições de direito processual civil**. Tradução da 2ª edição do italiano: Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 61.
- ⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe **Instituições de direito processual civil**. Tradução da 2ª edição do italiano: Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 61.
- ⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54.
- ⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe **Instituições de direito processual civil**. Tradução da 2ª edição do italiano: Paolo

Capitania. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 65.

⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 53.

⁶⁹ AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A função garantidora da pronúncia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 106.

⁷⁰ HC 85260 do STF – Julgamento: 15/02/2005 – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 4-3-05.

⁷¹ DOTTI, René Ariel. Um novo Tribunal do Júri. **Revista de Processo**, São Paulo. p. 138, jan./ mar. 1997.

⁷² Cf. nosso **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, item 2.4.5.

⁷³ GRECO, 2007. v. I, p. 451.

⁷⁴ **Temas de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 42.

⁷⁵ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Las misérias del proceso penal**. Buenos Aires: EJE, 1959. p. 112.

⁷⁶ A expressão “caso penal” aqui segue a linha de raciocínio adotada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que refuta o entendimento de que existe lide no processo penal, *in verbis*:

“Com ele (caso penal) estamos diante de uma incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p. 135).

⁷⁷ ROSSI, Vázquez. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1995. t. I, p. 106.

⁷⁸ ALMEIDA JR., João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 191 v. II, p. 202 (a adaptação para o português hodierno foi feita pelo autor da obra).

⁷⁹ **Direito penal e processual penal: uma abordagem crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 95.

⁸⁰ Cf. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 588.

⁸¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. I, p. 420-421.

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas. p. 548, item 411.4.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I, p. 451.

⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. **Curso de direito civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. IV, p. 27.

⁸⁵ TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In **Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 86.

⁸⁶ Op. cit. p. 88.

⁸⁷ Todas aquelas produzidas na fase policial que não podem ser reproduzidas em juízo, tais como: exame de corpo de delito; perícia de local do crime; interceptação telefônica que serviu de base à denúncia.

- ⁸⁸ ALBERNAZ, Flávio Böechat. O princípio da motivação das decisões do conselho de sentença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 19, p. 38.
- ⁸⁹ “Ordinariamente o júri é de uma benignidade excessiva, de um sentimentalismo mórbido [...] As simpatias do júri não são pelos que morrem, são pelos que matam” (cf. LEAL, Victor Nunes. Op. cit., p. 396, nota 120 do quinto capítulo).
- ⁹⁰ “Quando o promotor, atendendo a sua proverbial tendência verborrágica, usava expressões mais duras e arrebatadas, quase sanguinolentas, cheias de adjetivos inculpadores, o público vibrava e aplaudia com vigor; o juiz assistia a tudo passivamente, sem reprimir a interferência da plateia” (MARCHI, op. cit., p. 206).
- ⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 567 (tradução livre).
- ⁹² BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993. p. 149 (tradução livre do autor).
- ⁹³ O autor destas linhas, atuando no Tribunal do Júri do Estado do Rio de Janeiro, nunca se deparou com um jurado morador de uma favela ou da periferia pobre dos bairros da mesma cidade.
- ⁹⁴ FREDERICO MARQUES, José. **Júri**. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 154.
- ⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Separata de: **Revista ITEC**, nº 1, nº 4. p. 5, jan./mar. 2000.
- ⁹⁶ COUTINHO, J. N. de M., **Introdução...**, op. cit., p. 5.
- ⁹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2001. p. 38.
- ⁹⁸ No Estado do Rio de Janeiro, nos tribunais do júri da Capital, por segurança e conforto dos jurados, após o término da sessão e depois de um determinado horário, os juízes disponibilizam uma viatura oficial do Tribunal de Justiça para levar os jurados em casa e, óbvio, é ingenuidade pensar que os jurados não conversam entre si sobre o que aconteceu no julgamento do dia e nos anteriores. Logo, jurados que ainda vão (e podem) fazer parte do julgamento do réu formam suas convicções em decorrência do que já está sendo dito pelos seus *pares*.
- ⁹⁹ Art. 461 do CPP.
- ¹⁰⁰ BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2003. p. 139.
- ¹⁰¹ TOURINHO, 2007, 29. ed., 2ª tiragem, v. 2, p. 534.
- ¹⁰² DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p. 323.
- ¹⁰³ DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p. 322.
- ¹⁰⁴ Se ocorrer falta de número de jurados para formação do Conselho de Sentença, em decorrência do impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa dos jurados, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido. É a hipótese tratada no art. 471 do CPP.
- ¹⁰⁵ VELASCO, Pilar Paul. Op. cit., p. 107.

- ¹⁰⁶ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1999. p. 263.
- ¹⁰⁷ DOTTL, **Um novo tribunal...** p. 138.
- ¹⁰⁸ “Por definição, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida. Construimos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social” (GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 15).
- ¹⁰⁹ ARAÚJO, Gladston Fernandes de. **Tribunal do Júri: uma análise processual à luz da Constituição Federal**. Niterói/RJ: Impetus, 2004. p. 34.
- ¹¹⁰ Cf. RANGEL, Paulo. **Direito...**, op. cit., p. 488.
- ¹¹¹ “Por fim, Gavia Gouveia apontava deficiências processuais e falhas legais. Um juiz não podia presidir dois julgamentos, rezava a lei, logo Almeida Couto não poderia presidir o primeiro julgamento e coordenar todos os preparativos do segundo, cedendo a presidência apenas a outro apenas na hora da abertura dos trabalhos” (MARCHI, op. cit., p. 242).
- ¹¹² “O populismo – uma modalidade de legitimação carismática que teve início no curso da ditadura de Vargas, entre 1937 e 1945 – pode ser interpretado como uma tentativa de incorporar ao bloco de poder, em posição subalterna, os trabalhadores assalariados urbanos, através de concessão de direitos sociais e de vantagens econômicas reais [...]. Permaneciam excluídos do pacto populista os assalariados agrícolas e os camponeses, que continuavam privados de direitos sociais trabalhistas e – na medida em que a maioria deles era formada por analfabetos – do direito de voto. Essa exclusão tornava possível a manutenção no bloco do poder da velha oligarquia latifundiária, mas servia também à burguesia industrial, na medida em que ampliava enormemente o exército industrial de reserva e, por conseguinte, pressionava para baixo os salários dos trabalhadores urbanos” (COUTINHO, Clark Nelson., op. cit., p. 206). (*grifo nosso*)
- ¹¹³ DUSSEL, **Método...**, op. cit., p. 211.
- ¹¹⁴ BACILA, Carlos Roberto. Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. I. BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 100.
- ¹¹⁵ GOMES FILHO, op. cit., p. 82.
- ¹¹⁶ ALBERNAZ, Flávio Böechat. O princípio da motivação das decisões do conselho de sentença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 19. p. 55.
- ¹¹⁷ GILISSEN, op. cit., p. 214.
- ¹¹⁸ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 19.

- ¹¹⁹ VELASCO, Marina. **Ética do discurso**: Apel e Habermas. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2001. p. 94.
- ¹²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 835.
- ¹²¹ ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 443.
- ¹²² CAVALCANTI, Ubyratan. O uso de algemas **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, ano 1, nº 1, jan. jun. 1993.
- ¹²³ TUCUNDUVA, Ricardo Cardoso de Mello **Revista Consultor Jurídico**, 8-8-2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>.
- ¹²⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de **Aplicação do direito e o contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 86.
- ¹²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. O questionário no plenário do júri.
- ¹²⁶ NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 151-152.
- ¹²⁷ GRECO, 2007, v. I. p. 261.
- ¹²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 139.
- ¹²⁹ TOLEDO. Op. cit. p. 139.
- ¹³⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 598, v. I.
- ¹³¹ STRECK, Lenio Luiz **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 236.
- ¹³² COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 102.
- ¹³³ “A transformação ou alteração dos factos só implica uma modificação ou alteração do objeto do processo quando for qualificável como substancial, i. e., na expressão da lei, quando tenha por efeito o agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis, ou a imputação de um crime diverso” (ISASCA, Frederico **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 98).
- ¹³⁴ Cf. para uma análise perfunctória: GRECO, Rogério **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 569, v. I.
- ¹³⁵ “Que num tal conceito do facto processual vai implícito um juízo *a priori* de subsunção, ou uma presunção jurídico-normativa sobre o pedaço de vida que constitui o facto processual submetido à apreciação jurisdicional, é inegável, mas é esse o tributo que se impõe, pelo referente normativo de que se não pode prescindir” (ISASCA op. cit., p. 95).
- ¹³⁶ Art. 492. “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
- Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.”
- ¹³⁷ “No âmbito do Direito Processual Penal, a produção doutrinária predominante continua refratária ao princípio acusatório, instituído pelo modelo constitucional de 1988. Até mesmo os diversos projetos de reforma não têm

conseguido incorporar os novos paradigmas do Estado Democrático de Direito, ficando ainda presos ao velho modelo inquisitorial, portanto, continuando a reforçar a figura de um ‘juiz Hércules’, que confunde seu papel com o de acusador e defensor, buscando (e produzindo) provas *sponte* sua, tudo com base no (metafísico) princípio da verdade real, que ‘sustenta’ o modelo inquisitorial do velho Código de 1941” (STRECK, **Jurisdição...**, op. cit.. p. 82).

PARTE III

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO JÚRI

A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

5.1 A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição de um Estado é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar algo, de organizar, de ser a base, de ser essencial a algo que se pretende instituir. Em outras palavras, Constituição *constitui*¹ certa ordem e organiza os poderes de um Estado estabelecendo limites ao seu exercício, pois um Estado não pode deixar seus *súditos* à mercê do soberano, que passa a possuir direitos (e também deveres) contra ele, imprescritíveis e invioláveis.²

Na medida em que se estabelece limitação ao poder deixando ele de ser mero atributo do Rei, do Soberano, e passando a pertencer aos indivíduos representados no Parlamento, o Estado necessita de uma organização que distribua as funções, estabeleça limites aos órgãos que cria, institua um regime de governo, sua forma, seu sistema de governo, enfim, necessite de uma Constituição.

“A ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na protecção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir.”³

O cidadão tem a garantia de que todos os seus direitos e deveres estão prescritos no texto constitucional, podendo usar dos remédios jurídicos colocados à sua disposição para fazer valê-los. O Estado, sendo de direito, torna-se o espaço juridicamente limitado dentro do qual o cidadão goza a plenitude dos direitos inerentes ao exercício da cidadania plena. Nesse sentido, o Estado de Direito, fundando liberdades públicas e instituindo a democracia, vem constituir o fundamento subjacente da ordem jurídica.⁴

Contudo, não se pode perder de vista o viés ético do Estado, ou seja, seu compromisso em instituir mecanismos asseguradores do pleno e livre desenvolvimento da pessoa humana, tornando-se assim um Estado Democrático Social de Direito comprometido com a libertação do outro, como integrante de um mundo excluído social, política, econômica e culturalmente, livrando-se do *centro imperial dominador*.⁵ A Constituição de um País como o Brasil deve, portanto, levar em consideração exatamente essa exclusão e adotar medidas que visem livrar seu povo do jugo dominador, razão pela qual o homem, como ser dotado de razão, deve ser o objeto central dessa preocupação. Não há espaço, no Brasil atual, para elaboração de uma Constituição que não leve em consideração o homem em si como participante da vida pública, pois o verdadeiro Estado de Direito é aquele que tem como elemento qualificador a democracia, pois seus valores (da democracia) se irradiam sobre todos os elementos constitutivos do Estado (território, povo, governo e soberania) e sobre a ordem jurídica.⁶

O que qualifica o Estado é ser ele democrático e não ser apenas de direito, pois o Estado brasileiro é diferente do Estado português, que é um Estado de Direito Democrático, com o democrático qualificando o direito, e não o

Estado.⁷

Nesse sentido, não há legitimidade no ato de julgar sem que se respeite a vida, esta compreendida em todos os seus reflexos,⁸ como bem sagrado e inalienável do ser humano, pois, se toda e qualquer decisão, segundo a Constituição, deve ser fundamentada (art. 93, IX), se todo poder emana do povo e em seu nome é exercido (art. 1º parágrafo único), a incomunicabilidade, instituída na ditadura varguista, não encontra espaço no ordenamento jurídico constitucional hodierno.

Os direitos e as garantias fundamentais ganham uma dimensão diferente no Estado Democrático de Direito, e, a fim de que se possa, por meio dele, erradicar toda e qualquer desigualdade entre os indivíduos, pois os atores jurídicos devem agir visando obter uma *“eficácia protetiva dos direitos fundamentais, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional, razão pela qual o legislador constituinte originário erigiu tais direitos à condição de cláusula pétrea ou garantias de eternidade (art. 60, § 4º, IV)”*.⁹

Nesse sentido, o Tribunal do Júri, como espaço dentro do qual são tratados direitos fundamentais do homem tais como a vida e a liberdade, para não dizer da dignidade da pessoa humana e do poder que o povo exerce ao julgar, deve merecer uma releitura à luz dos direitos fundamentais que não pode ser despido de tais direitos e, conseqüentemente, das garantias necessárias à efetivação dos mesmos.

Lenio Streck ensina:

“Nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há assim uma copertença entre ambos.”¹⁰

Para tanto, a Constituição estabelece um sistema de garantias constitucionais significando o conjunto instrumentalizado e organizado de institutos jurídicos que prevê, para assegurar a conservação e renovação das suas normas, uma permanente observação, fazendo valer seu cumprimento efetivo e a defendendo contra toda e qualquer agressão aos seus postulados;¹¹ e o júri, garantia fundamental (art. 5º, XXXVIII) que é, não poderia ficar fora dessa proteção.

5.2 SER JURADO: DIREITO OU DEVER DO CIDADÃO?

No sistema jurídico processual brasileiro, o exercício da função de jurado não encontra disciplina nem assento constitucional, pois não se pode confundir a previsão constitucional do Tribunal do Júri¹² com as regras exigidas para o chamamento do cidadão para compor o corpo de jurados. A Constituição assegura o julgamento pelo Tribunal do Júri como direito e garantia fundamental do cidadão-acusado, mas não lhe confere o mesmo direito quando se trata de compor o órgão jurisdicional que o julga, ou seja, ser jurado não é direito a ser exercido no ordenamento jurídico brasileiro.

Em verdade, trata-se de dever imposto pela lei processual penal, *in verbis*:

“Art. 434. O serviço do júri será obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 21 (vinte e um) anos, isentos os maiores de 60 (sessenta).”

Percebe-se que o ato é *manu militare*, ou seja, o Estado chama o cidadão e impõe a ele o dever de servir como jurado, infligindo-lhe, inclusive, multa e perda de direitos políticos (art. 443 c/c 435, respectivamente, ambos do CPP).

Tourinho Filho assim se manifesta:

“Dizendo a lei que o serviço do júri é obrigatório, significa que, salvo as pessoas isentas por lei, não é lícito a ninguém dele se escusar-se; é obrigação imposta por lei a todos os brasileiros natos ou naturalizados para o desempenho de relevante função pública.”¹³

Ora, se o jurado, ao julgar, exerce parcela de soberania nacional, fundamentando o Estado Democrático de Direito (art. 1º, I, da CR), e se, efetivamente, o poder expresso em sua decisão manifesta a opinião geral do povo e não apenas a opinião particular de todos (art. 1º, parágrafo único), tal função deveria ser garantia plena de cidadania, permitindo que o cidadão pudesse se candidatar ao cargo de jurado, desde que preenchesse os requisitos legais para a ocupação dele. Para tanto, bastaria o juiz requisitar junto ao tribunal regional eleitoral da região, mediante as respectivas zonas eleitorais, a lista dos eleitores, para quando o cidadão se candidatar à função de jurado haver prova de que se encontra em gozo de todos os direitos políticos.

Destarte, a Constituição deveria estabelecer como direito e garantia fundamental o exercício da função de jurado, considerando que todo o poder, na democracia, é exercido pelo povo e para o povo, logo, o exercício da cidadania plena, no júri, tem de passar pelo crivo da escolha do jurado pelas partes que, diante da lista voluntária de 36 cidadãos, presentes, escolheriam aqueles que expressassem a vontade geral do povo, podendo recusar, cada parte, até 12 pessoas, finalizando 12 jurados. Caso houvesse o chamado *estouro da urna*,¹⁴ seriam chamados os suplentes que já estariam presentes, no dia da escolha.

Assim, evitar-se-ia a famigerada escolha dos jurados feita pelo juiz nas entidades de classe e/ou órgão governamentais, tais como associações profissionais, procuradorias do Estado, do município, nos bancos estatais, nas secretarias governamentais respectivas etc. sem nenhuma representação popular, impedindo os jurados profissionais e os que não querem participar do exercício da função de julgar, atuando, inclusive, com predisposições sobre o fato. Não são poucos os casos em que jurados incomodados com o chamado judicial decidem em contrariedade com as partes só para não serem mais escolhidos, sem se preocupar com a tensão travada no júri: direito de liberdade *versus* vida.

Cidadão, como integrante do corpo de jurados, entende-se todo aquele que se encontra em pleno gozo dos direitos políticos, excluindo, consequentemente, os analfabetos e os estrangeiros, que não podem ser elegíveis. Estes por não poderem exercer parcela de soberania nacional e aqueles por estarem privados do conhecimento necessário para distinguir uma cédula sim de uma cédula não, bem como consultar qualquer peça dos autos.

5.3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A COMUNICABILIDADE ENTRE OS JURADOS COMO IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA MOTIVAÇÃO DE SUA DECISÃO

Não há mais espaço, no Direito Constitucional hodierno, para interpretação da Constituição por meio da legislação infraconstitucional, pois a força normativa e o princípio da supremacia da Constituição há muito a

impedem.

Há uma grande contraposição entre a Constituição formal e a Constituição material, que coloca a interrogação sobre a força normativa da Constituição, ou seja, a tensão entre o ser e o dever ser; o ponto de equilíbrio entre a realidade social (o mundo da vida) e o texto legal; entre como as coisas são e como o texto legal diz que deve ser, criando, assim, a questão-chave de que depende o êxito da Constituição de um País.

Se todos, poder público e privado, sem exceção, cumprissem com a Constituição, a vida das pessoas seria menos sofrida, desde que, claro, fosse uma Constituição democrática de um estado de direito. O Direito, enquanto ordenamento jurídico, não pode descansar única e exclusivamente na coação, mas sim, principalmente, na aceitação social. As normas estabelecidas na Constituição devem ser adequadas à realidade social e expressar essa vontade. De nada adianta a Constituição estabelecer que toda e qualquer decisão do Poder Judiciário deve ser fundamentada sob pena de nulidade, visando à transparência dos atos do poder público, se os operadores jurídicos continuarem a aceitar, passivamente, a não fundamentação no júri. Trata-se de uma imposição legal que deve ser operacionalizada pelos atores jurídicos.

“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.”¹⁵

Para tanto, os atores jurídicos devem assumir o compromisso solene de erradicar do ordenamento jurídico, via Constituição e mediante a declaração incidental (ou via de ação direta) de inconstitucionalidade, toda e qualquer lei ou ato normativo que afrontar a Carta Magna do País. Trata-se de um contrato social que aceita a Constituição como o instrumento para ordenar a resolução dos conflitos políticos que nela se produz.¹⁶

Paulo Ricardo Schier mostra passagem lúcida sobre o tema:

“De nada vale qualquer concepção epistemológica emancipatória se continuarem os Juízes a aplicar as leis do século passado com a cabeça do século passado. Ou pior, se continuarem a ler os novos instrumentos e valores trazidos pela nova ordem jurídica (a instaurada no Brasil com o advento da Constituição de 1988) sob o influxo da ordem anterior ou, ainda, insistirem em adaptar a Constituição ao espírito da legislação infraconstitucional.”¹⁷

Os princípios constitucionais devem ser, assim, as balizas dentro das quais o ator jurídico irá atuar sacrificando um interesse em favor da preservação deles, fortalecendo o respeito à Constituição e, conseqüentemente, assegurando um bem da vida indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito,¹⁸ sem o qual não há ordem jurídica possível.

Francisco Fernández Segado, prelecionando sobre a força normativa da Constituição, ensina que:

“El carácter normativo de la Constitución quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos (ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo por lo demás sus preceptos, como regla general, alegables ante los tribunales y debiendo considerar-se su infracción antijurídica.”¹⁹

No caso do Tribunal do Júri, portanto, não se pode mais aplicar um código de processo penal, da primeira metade do século passado, em detrimento das conquistas constitucionais hodiernas, dentre elas a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O Tribunal do Júri se encontra dentro destas conquistas e, por via de consequência, a utilização da linguagem é instrumento de viabilização delas, enquanto modo de ser no mundo. O espaço social ocupado pelo júri não pode fugir do exercício da linguagem, desde que preocupado com o *outro* como ser igual a nós.

Nesse viés filosófico, mister se faz a libertação no sentido de desenvolver a vida humana, quebrando o sistema expressivo do comportamento de uma sociedade em que o outro não era prioridade, para que se possa exigir que as instituições e o sistema abram novas perspectivas que ultrapassem a mera reprodução como repetição de o *Mesmo*; e expressão e exclusão das vítimas.

A Constituição é a base desse compromisso ético com o outro, sob pena de se invalidar toda a luta travada para se alcançar a plenitude de um Estado Democrático de Direito, com sacrifício de muitas vidas e da liberdade dos outros, durante o período obscuro da ditadura militar.

No Estado de Direito, as decisões estatais devem ser transparentes e fundamentadas, logo, objeto de discussão entre os integrantes do Conselho de sentença.

O que caracteriza a Constituição do século XX e do início deste século XXI, frente à Constituição do século XIX, são exatamente as garantias constitucionais asseguradas aos indivíduos²⁰ ou seja, o júri, se é garantia do cidadão (art. 5º, XXXVIII), deve se conformar como texto constitucional em sua plenitude (art. 93, IX, da CR). Todo o júri está no plano constitucional, e o direito processual penal, por ser o direito constitucional aplicado, deve efetivar essas regras. A força normativa da Constituição impõe uma releitura do júri no Código de Processo Penal, e fim de que os princípios constitucionais possam, efetivamente, ser aplicados e não somente normatizados.

Por último, mais uma vez, Albernaz ensina:

“Assim, não há como negar que, tal como estruturado, o Tribunal do Júri ofende a Constituição, quer na parte em que esta impõe ao Judiciário o dever de motivar todos os provimentos jurisdicionais de conteúdo decisório (CR, art. 93, IX), quer na parte em que ela declara ser o regime político brasileiro estruturado consoante os princípios de um Estado Democrático de Direito (CR, art. 1º).”²¹

¹ STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p. 73.

² MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 326.

³ MIRANDA, **Teoria...**, op. cit., p. 326.

⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Balsa. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 88.

⁵ DUSSEL, **Método...**, op. cit., p. 222.

⁶ STRECK e MORAIS, op. cit., p. 93.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119

- ⁸ Direito à vida; direito à liberdade de locomoção; direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; respeito à dignidade da pessoa humana.
- ⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 371 e 377.
- ¹⁰ STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p. 110.
- ¹¹ MORAIS, Carlos Blanco de **Justiça constitucional**: garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 14.
- ¹² Art. 5º, XXXVIII, da CR.
- ¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa **Código de processo penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2, p. 77.
- ¹⁴ “Se ocorrer falta de número de jurados para formação do Conselho de Sentença, em decorrência das recusas ou das suspeições, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido. É a hipótese tratada no § 1º do art. 459 do CPP. A isso chamamos, junto com a boa doutrina, de estouro de urna” (RANGEL, **Direito...**, op. cit., p. 815).
- ¹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 19.
- ¹⁶ ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 113.
- ¹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 68.
- ¹⁸ HESSE, op. cit., p. 22.
- ¹⁹ SEGADO, Francisco Fernández. **El sistema constitucional espanol**. Madrid: Dykinson, 1992. p. 69.
- ²⁰ ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 113.
- ²¹ ALBERNAZ, Flávio Böechat. O princípio da motivação das decisões do Conselho de sentença **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 19, p. 58.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADMEIT, Klaus; LLANO, Cristina Hermida. **Filosofia del derecho y del estado**. Madrid: Trotta, 1999.
- ALBERNAZ, Flávio Böechat. O princípio da motivação das decisões do Conselho de Sentença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 19, p. 127-159.
- ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena história da formação social brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. t. I e II.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo penal. Ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- ALMEIDA, Rosemary de Oliveira. **Mulheres que matam: universo imaginário do crime no feminino**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y derecho procesal** (introducción). 2. ed. Madrid: EDR, 1997.
- ALVES, Márcio Moreira. **68 mudou o mundo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **História das ideias políticas**. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, Coimbra: Almedina, 1998.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.
- ANSANELLI JÚNIOR, Ângelo. **O Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A função garantidora da pronúncia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- AQUINO, Maria Aparecida de. Estado autoritário brasileiro pós 64: conceituação, abordagem historiográfica, ambiguidades, especificidades. In: FICO, Carlos et al. (Org.). **1964-2004 – Anos do golpe: ditadura militar e resistência no Brasil**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2004.
- AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**. Tradução de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São

Paulo: Martins Fontes, 1999.

ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ARAÚJO, Gladston Fernandes de. **Tribunal do júri: uma análise processual à luz da Constituição Federal**. Rio Janeiro: Impetus, 2004.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. Tradução de Roberto Leal Ferreira. **A política**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARNS, D. Paulo Evaristo (Prefaciador). **Brasil nunca mais**. Petrópolis: Vozes, 1999.

AROCA, Juan Montero. **Princípios del proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

ARRIVÉ, Michel. **Linguagem e psicanálise linguística e inconsciente**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ASÍS, Rafael de. **Las paradojas de los derechos fundamentales como limites al poder**. Madrid: Dykinson, 2000.

ATIENZA, Manuel. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. **As razões do direito**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e o contexto social**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BACILA, Carlos Roberto. **Polícia × direitos humanos** (Diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade). Curitiba: JM, 2002.

_____. Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Estigmas: um estudo sobre preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BADENI, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

BAJAR, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

BALLESTEROS, Jesus. **Derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1992.

BARATTA, Alessandra. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto de Criminologia Carioca, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, José Tavearez. **O jury na republica**. Rio de Janeiro: Garnier, 1909. t. I.
- _____. **O jury na republica**. Rio de Janeiro: Garnier, 1909. t. II.
- BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- _____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- _____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BELING, Ernest. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: DIN, 2000.
- BENAZZI, Natale; D'AMICO, Matteo. Tradução: Maria Amélia Pedrosa. **O livro negro da inquisição**. Lisboa: Âncora, 2001.
- BETHELL, Leslie. **História da América Latina**: de 1870 a 1930. São Paulo: EDUSP, 2002, v. 5.
- BETHELL, Leslie; CARVALHO, José Murilo de. O Brasil da independência a meados do século XIX. In: BETHELL, Leslie. **História da América Latina**: da independência até 1870. São Paulo: EDUSP, 2001. v. 3.
- BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições**: Portugal, Espanha e Itália. Séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- BICUDO, Hélio Pereira. **Meu depoimento sobre o esquadrão da morte**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993.
- _____. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Teoria general del derecho**. 2. ed. Colômbia: Temis, 1999.
- _____. **Os intelectuais e o poder**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 1997.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BURKE, Peter. **A arte da conversação**. Tradução de Álvaro Luiz Hattnher. São Paulo: UNESP, 1995.
- _____. (Org.). **História social da linguagem**. São Paulo: UNESP, 1997.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandra Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CABEDA, Luiz Fernando. **A justiça agoniza**. São Paulo: Esfera, 1998.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CALMON, Pedro. **História social do Brasil: espírito da sociedade colonial**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, v. 1-3.
- CAMPO, Javier Jiménez. **Derechos fundamentales concepto y garantías**. Madrid: Trotta, 1999.
- CAMPOS, Manuel Fontaine. **O direito e a moral no pensamento de Friedrich Hayek**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000.
- CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CANTARINO, Geraldo. **1964 a revolução para inglês ver**. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Oralidad y pruebas em el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1972.
- _____. **Proceso, ideologias, sociedad**. Tradução de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.
- CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). **Minorias silenciadas: história da censura no Brasil**. São Paulo: EDUSP/Imprensa Oficial do Estado/ Fapesp, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. Tradução de Santiago Sentis Melendo. **Las misérias del proceso penal**. Buenos Aires: EJE, 1959.
- CARRIÓ, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ITEC, 2005.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- _____. **A construção da ordem. Teatro de sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CASTILLO, Niceto Alcalá – Zamora y. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. 3 Tomos.

- CASTRO, Kátia Duarte. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CATENA, Victor Morena. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Madrid: Colex, 1999.
- CEREZO, A. Calderón; MONTALVO, J. A. Choclán. **Derecho procesal penal**. Madrid: Dykinson, 2002.
- CHALITA, Gabriel. **A sedução do discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução da 2ª edição do italiano: Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998.
- CHOMSKY, Noam. **Os caminhos do poder: reflexões sobre a natureza humana e a ordem social**. Tradução de Elisabete Lacerda. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. **Temas de direito e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **A reforma processual penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.
- _____. (Coords.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002.
- _____. **Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CIOTOLA, Marcello. **Os atos institucionais e o regime autoritário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. **Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COLOMER, Juan-Luis Gomes. **El proceso penal aleman introduccion y normas básicas**. Barcelona: Bosch, 1985.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. 2v.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- _____. **Edmundo Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Tradução de Paulo César Busato. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.
- _____. **Procedimiento penal**. Colômbia: Temis, 2000. t. I e II.
- _____. **Procedura penale**. 7. ed. Milão: Giuffrè, 2003.

- COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2005.
- COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- COSTA, Sérgio Corrêa. **Brasil, segredo de estado**: incursão descontraída pela história do país. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: um estudo sobre seu pensamento político. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- _____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3.
- _____. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: CLÉVE, Clemerson Merlin (Org.). **Direito e neoliberalismo**. Curitiba: EDIBEL, 1996, p. 39.
- _____. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139.
- _____. A crise de segurança pública no Brasil. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 181.
- _____. (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Separata de: **Revista ITEC**, ano 1, nº 4, jan./mar. 2000.
- _____. Segurança pública e o direito das vítimas. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. (Coord.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O ESTRANGEIRO” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda et al. O absurdo das denúncias genéricas. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.
- CUÉLLAR, Jaime Bernal; LYNETT, Eduardo Montealegre. **El proceso penal**. 3. ed. reimp. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1997.
- D'ARAÚJO, Maria Celina. **O estado novo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DELGADO, Lucrecio Rebollo. **El derecho fundamental a la intimidad**. Madrid: Dykinson, 2000.
- DÍEZ, Luis Alfredo de Diego. **Justicia criminal consensuada**: algunos modelos dei derecho comparado en los EE.UU., Itália y Portugal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- DIJK, Teun a. Van. **Cognição, discurso e interação**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2000.
- DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. Um novo tribunal do júri. **Revista de Processo**, São Paulo, p. 138, jan./mar. 1997.

- _____. **Bases e alternativas para o sistema das penas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. A retroatividade da Lex Mitior e o critério da combinação de leis. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Coletânea justiça penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 6.
- _____. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal no Tribunal do Júri.** Aviso nº 1.151, de 29 de outubro de 1999 e Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000.
- _____. **Curso de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **Casos criminais célebres.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, nº 42, p. 264, 2003.
- DOLTO, Françoise. **Tudo é linguagem.** Tradução de Luciano Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DONGHI, Halperin. **História da América Latina.** 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito.** São Paulo: Landy, 2003.
- DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação.** Tradução de Jandir João Zanotelli. São Paulo: Loyola, 1986.
- _____. **Ética da libertação:** na idade da globalização e da exclusão social. Tradução de Ephraim Ferreira Alves e outros. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- _____. **Filosofia da libertação:** crítica à ideologia da exclusão. Tradução de Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- ESER, Albin. Juízes leigos no processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo penal e estado de direito.** Campinas: Edicamp, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 4.
- FAGUNDES, Valda Oliveira. **O discurso no júri:** aspectos linguísticos e retóricos. São Paulo: Cortez, 1987.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. 2. v.
- FAUSTO, Boris. **A revolução de 1930.** 16. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- _____. **História do Brasil.** 6. ed. São Paulo: EDUSP, 1999.
- _____. **Crime e cotidiano.** 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2001.
- _____. **O pensamento nacionalista autoritário.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. (direção). **História geral da civilização brasileira. O Brasil republicano:** estrutura de poder e economia. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- FAUSTO, Boris; DEVOTO, Fernando J. **Brasil e Argentina:** um ensaio de história comparada (1850-2002). São Paulo: Ed. 34, 2004.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **A reação defensiva a imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Ricardo Rodrigues. **Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal**. Granada: Comares, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 1999.

_____. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Tradução de Gerardo Pisarello, Alexei Júlio Estrada e José Manuel Díaz Martín. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2000.

_____. A pena em uma sociedade democrática. Tradução de Carlos Arthur Costa. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: ano 7, nº 12, p. 32, 2º semestre 2002.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução de Manuel Domingues A. de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FIGUEIRA, Luiz. **Produção da verdade nas práticas judiciais criminais brasileiras: uma perspectiva antropológica de um processo criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FLORY, Thomas. **El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado et al. 2. ed. Rio de Janeiro: PUC Rio, 1999.

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A ordem do discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 39. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GASPARI, Elio; HOLLANDA, Heloísa Buarque; VENTURA, Zuenir. **70/80 cultura em trânsito: da repressão à abertura**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000.

GILISSEN, John. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas(?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio e outros. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, Ramón Macia (Dir.). **Sistemas de proceso penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- GRAU, Joan Verger. **La defensa del imputado y el principio acusatorio**. Barcelona: Bosch, 1994.
- GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.
- _____. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. v. I.
- _____. **Curso de direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. I.
- _____. **Curso de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. v. II.
- _____. **Curso de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. III.
- _____. **Curso de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. IV.
- HÀBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HÀBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidade**: 1789 Como História. Actualidad y Futuro dei Estado Constitucional. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factividade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.
- _____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HALIMI, Serge. **Os novos cães de guarda**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1998.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003.
- _____. **Ser e tempo**. 10. ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2001. Parte I.
- _____. **Ser e tempo**. 10. ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2001. Parte II.
- HENDLER, Edmundo S. **Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.
- _____. (Diretor). **Sistemas procesales penales comparados**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- HERMAN, Edward S.; CHOMSKY, Noam. **A manipulação do público**: política e poder econômico no uso da mídia. Tradução de Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2003.

- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HIRSCH, Andrew Von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trotta, 1998.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de (Dir.). **História geral da civilização brasileira**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. t. I e II, v. 1 e 3.
- ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 1999.
- JAGUARIBE, Hélio. **Um estudo crítico da história**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. 2. v.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JAMES, Philip. **Introducción al derecho inglés**. Colômbia: Temis, 1996.
- JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Bosch, 1997.
- _____. **La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación**. Barcelona: Bosch, 1998.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho**. 2. ed. Tradução de Luis Villar Borda; Ana Maria Montoya. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999.
- KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia política**. Tradução al español de R. Quijano. Granada: Comares, 2001.
- KOERNER, Andrei. **Habeas corpus**, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920). **IBCCRIM**, São Paulo, nº 10, 1999.
- KYRILLOS, Leny; COTES, Claudia; FEIJÓ, Deborah. **Voz e corpo na TV: a fonoaudiologia a serviço da comunicação**. São Paulo: Globo, 2003.
- LARRAZ, Gustavo López-Munoz y. **Comentarios a la Ley Orgánica 5/1995 del tribunal del jurado**. Madrid: Dykinson, 1995.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Série Métodos em Direto, v. 1.)
- LEONE, Geovane. Tradução de Santiago Sentis Melendo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1989. 3 Tomos.
- LIMA, Roberto Kant de. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LOPES JR., Aury. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é o direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- LUÑO, Antônio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- _____. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

- LUKACS, John. Tradução de Cláudia Martinelli Gama. **O Duelo: Churchill × Hitler, 80 dias cruciais para a Segunda Guerra Mundial**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- _____. **Cinco dias em Londres**: negociações que mudaram o rumo da II Guerra. Tradução de Teresa Rezende Costa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual a racionalidade?** Tradução de Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- MCNAUGHT, John. Inglaterra y Gales. GÓMEZ, Ramón Macia (Org.). **Sistema de proceso en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998.
- MAIER, Júlio B. J. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.
- Tomo I. MAIER, Júlio B. et al. **Juicio por jurados en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**: a história e o romance de um condenado à morte. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- MARKUN, Paulo; HAMILTON, Duda. **1961**: que as armas não falem. São Paulo: Senac, 2001.
- MARQUES, Bráulio. A efetividade da norma penal, Abordagem psicanalítica. In: Fayet Júnior, Ney et al. (Org.). **Estudos críticos de direito e processo penal**: em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.
- MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.
- _____. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3.
- _____. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTINEZ, Gregorio Peces-Barbas; GARCIA, Eusébio Fernandez (Dir.). **Historia de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 1998. Tomos 3.
- MARTY, Mireille Delmas (Dir.). **Procesos penales de Europa**. Tradução de Pablo Morenilla Allard. Madrid: Edijus, 2000.
- _____. (Org.). **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994.
- MÍNGUEZ, Elizabeth Cardona. **El Jurado**: su tratamiento en el derecho procesal espanol. Madrid: Dykinson, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- _____. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. VI.
- _____. **Teoria do estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- MONTEIRO, Hamilton de Mattos. Da independência à vitória da ordem. In: LINHARES, Maria Yedda (Org.). **História geral do Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Dênis de. **Prestes**: lutas e autocríticas. 3. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri**: crimes e processo. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NEF, Frédéric. **A linguagem**: uma abordagem filosófica. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira et al. **O Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri**: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- _____. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e os direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OJEA, Ignácio Aymerich. **Sociologia de los derechos humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 5. ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002.
- PASTRANA, Ángel Tinoco. **Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Manole, 2002.
- PÉREZ, Alex Carocca. **Garantia constitucional de la defensa procesal**. Barcelona: Bosch, 1998.
- PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jolovi, 1983.
- PINILLA, Ignacio Ara. **Las transformaciones de los derechos**. Madrid: Tecnos, 1994.
- PINTO, Antônio Augusto Tolda. **A tramitação processual penal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimentos e aspectos do julgamento e questionários. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do superior tribunal de justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- _____. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- RAMONET, Ignácio. **A tirania da comunicação**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. O júri como instrumento de efetividade da reforma penal. **Revista dos Tribunais**, 699, p. 282-288, jan. 1994.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos**. Porto: Universidade Católica, 2001.
- RAWLS, John. **Sobre las libertades**. Tradução de Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Piados Ibérica, 1982.
- _____. **Teoria de la justicia**. Tradução de Maria Dolores González. 2. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- _____. **Justicia como equidad**. Tradução de M. A. Rodilla. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.
- REIS, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- REYES, Manuel Aragon (Coord.). **Temas básicos de derecho constitucional: constitucion, estado constitucional y fuentes de desarrollo**. Madrid: Civitas, 2001. t. I.
- _____. **Temas básicos de derecho constitucional: organización del estado**. Madrid: Civitas, 2001. t. II.
- _____. **Temas básicos de derecho constitucional: tribunal constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 2001. t. III.
- ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ROSA, Luiz Alfredo Garcia. **Palavra e verdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ROSSI, Jorge Eduardo Vazquez. **La defensa penal**. 2. ed. Argentina: Rubinzal, 1989. ROSSI, Vázquez. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1995. t. I.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.
- _____. **La evolución de la política criminal. El derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant Io Blanch,

2000.

- RUDGE, Ana Maria. **Pulsão e linguagem**: esboço de uma concepção psicanalítica do ato. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- SANTOS, Ana Maria dos et al. **História do Brasil**: da terra Ignota ao Brasil atual. Rio de Janeiro: Logon, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1995.
- _____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, v. 1.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- _____. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- _____. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC/, 2006.
- SANTOS, M. Simas; HENRIQUES, M. Leal. **Código de Processo Penal anotado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999, 2 v.
- SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil**: território e sociedade no início do século XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SAPIR, Edward. **A linguagem**. Tradução de J. Mattoso Câmara Jr. São Paulo: Perspectiva, 1980.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SCHLÜCHTER, Ellen. **Derecho procesal penal**. Tradução de Inaki Esparza Leibar; Andréa Planchadell Gargallo. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- SEGADO, Francisco Fernández. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1992.
- SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Madrid: Colex, 1999.
- _____. **Ley orgánica del tribunal del jurado**. Madrid: Colex, 1996.
- SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.
- SICHES, Luis Recasens. **Filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1998.
- SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 2000. v. 3.
- _____. **Curso de processo penal**. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1999. v. 2.
- SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000. v. 1.
- SILVA, Hélio. **1954**: um tiro no coração: o ciclo Vargas. Porto Alegre: L&PM, 2004.
- _____. **1889**: a República não esperou o amanhecer. Porto Alegre: L&PM, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ivan Luís Marques. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. Reforma da instituição do júri a partir de uma visão garantista dos direitos. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal**, Brasília, ano 10, v. 20, p. 76-112, jul./ dez. 2002.

SILVA, Marilúze Ferreira de Andrade e. **Pensamento e linguagem**: Platão, Aristóteles e a visão contemporânea da teoria tradicional da proposição. Rio de Janeiro: Pós-Moderno, 2002.

SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: de Getúlio a Castelo. Tradução de Ismênia Tunes Dantas. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. **Uma história do Brasil**. Tradução de Raul Fiker. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

SOARES, Gláucio Ary Dillon et al. (Org.). **Os anos de chumbo**: a memória militar sobre a repressão. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

_____. **A volta aos quartéis**: a memória militar sobre a abertura. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

_____. **A democracia interrompida**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Panorama do segundo império**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1998.

_____. **As razões da independência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2002.

_____. **Formação histórica do Brasil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2002.

SOUZA, Percival de. **Autópsia do medo**: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Tribunal do júri**: símbolos & rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- _____. **Direito penal da negligência:** uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TAYLOR, Charles. **As fontes do self:** a construção da identidade moderna. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 1997.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.
- _____. **Curso de processo penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.
- TOUATI, Georges; XERRI, Michel. **Conversation avec le jury.** Paris: Sirey, 1987.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 9. ed. **Código de Processo Penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
- _____. **Manual de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Processo penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4.
- _____. **Processo penal.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. (Coord.). **Tribunal do júri:** estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In:
- _____. **Tribunal do júri:** estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Teoria do direito processual penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VALVERDE, José Zafra. **El derecho como fuerza social.** 2. ed. Espanha: Eunsa, 2001.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. A. **El estado de derecho:** en el constitucionalismo social. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- VANOYE, Francis. **Usos da linguagem.** Tradução de Clarisse Madureira Sabóia et al. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e garantias individuais no processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- VELASCO, Marina. **Ética do discurso:** Apel e Habermas. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2001.
- VELASCO, Pilar de Paul. **El tribunal del jurado desde la psicología social.** Madrid: SigloXXI de España Editores, 1995.
- VENTURA, Zuenir. **Cidade partida.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura.** Tradução de Frederico Caroti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri. Na ordem constitucional brasileira:** um órgão da cidadania. São Paulo:

Juarez de Oliveira, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Boiteux, 2004. v. I.

_____. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004. v. II.

_____. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Boiteux, 2004. v. III.

_____. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. **Sociologia del Derecho**. Granada: Comares, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus lógico-philosophicus**. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Edusp, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

WRIGHT, Georg Henrik von. **Normas, verdad y lógica**. Tradução de Carlos Alarcón Cabrera. 2. ed. México: BEFDP, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Direito penal brasileiro I**. Tradução de Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. et al. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.