

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

CRÍTICAS CONCLUSIVAS AO TRIBUNAL DO JÚRI

Leonardo Capelasso Garcia

Presidente Prudente/SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

CRÍTICAS CONCLUSIVAS AO TRIBUNAL DO JÚRI

Leonardo Capelasso Garcia

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso pra obtenção do Grau de Bacharelado em Direito, sob orientação do Prof. Marcos Vinicius Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2006

CRÍTICAS CONCLUSIVAS AO TRIBUNAL DO JÚRI

Monografia de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Marcos Vinicius Aquotti
Orientador

Phenélope Carvalho de Almeida

Sandro Marcos Godoy

Presidente Prudente/SP, 25 de novembro de 2006.

Tudo posso naquele que me fortalece.

Bíblia Sagrada, Filipenses, Capítulo 4, versículo 13.

Aos meus pais Dorival e Vanda, os quais sempre se empenharam com muito esforço em minha criação, assim como para com meus irmãos, objetivando o nosso bem. Aos meus irmãos, Daniele e Leandro e à minha namorada e amiga Alessandra, com os quais divido a minha vida diária, contemplando momentos prazerosos e difíceis, e que nos dias de desânimo, sempre me deram palavras de apoio, mantendo acesa em mim a busca pelos meus ideais, e a crença na Justiça.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a força Divina, presença constante em minha vida, e que por mais de uma vez me deu oportunidade de viver, e mostrou-me que a vida deve ser útil e proveitosa tanto a mim, como a meus familiares, quanto para a sociedade.

Agradeço ainda ao Prof. Marcos Vinicius Aquotti, por aceitar o convite e me orientar na elaboração do presente trabalho, sempre atendendo às dúvidas e indagações de forma atenciosa, e orientando no melhor sentido.

Á colaboração especial e indispensável da Prof^a. Vera Lúcia responsável pela revisão das laudas originais desta monografia. Não poderiam ser esquecidos todos os professores que do primeiro ao ultimo ano do curso transmitiram-nos o conhecimento e contribuíram para a minha formação.

Aos amigos de sala de aula, e da faculdade de um modo geral, pela amizade, companheirismo, compartilhando conhecimentos, momentos alegres e tristes, fáceis e difíceis de serem vividos. Aos funcionários da Instituição, sempre tratando os alunos de forma respeitosa e amigável, e no seu ofício propiciando um bom ambiente de estudo.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram para conclusão do curso e do presente trabalho e todos aqueles que de alguma forma fazem parte da minha vida.

RESUMO

Neste presente trabalho o autor busca questionar a presença da Instituição do Tribunal do Júri em nossa Constituição, assim como sua estrutura e formação atual. Para isso se vale de críticas a defeitos da mesma e a finalidade de sua criação. São empregados no trabalho, o método dedutivo e a utilização de recursos bibliográficos e jurisprudenciais, através dos quais o autor busca traçar os fundamentos que norteiam a sua conclusão, com eventual alteração ou supressão da Instituição, bem como as vantagens que seriam trazidas com esse advento. O autor analisa, em primeiro momento, o foco de origem do Tribunal do Júri, assim como o(s) motivo(s) ensejador(es) de sua criação. Depois de expostas as divergências sobre a época exata de seu surgimento, como o(s) motivo(s) que levaram a sua criação, o autor chega a um consenso no tocante aos mesmos. Num segundo momento são analisados os princípios que regem o processo penal, bem como as garantias processuais existentes na atualidade e que garantem um processo e um julgamento justo; princípios e garantias essas que não existiam ao tempo de criação do Júri. Posteriormente são feitas as seguintes críticas ao Tribunal do Júri: inexistência hoje a finalidade da época para o qual foi criado; a arbitrariedade das decisões do Conselho de Sentença e conseqüentes injustiças cometidas pelos jurados leigos; falta de pares do réu no Conselho de Sentença; violação do duplo grau de jurisdição e da falta de fundamentação das decisões; teatro em plenário; a influência da mídia nas decisões do Conselho de Sentença; a existência de carga política nas decisões dos jurados; o desprestígio da sociedade para com o Júri, tanto no Brasil, como no exterior; a sociedade em sua maioria desconhece o Júri e não há interesse em participar; nova era com julgamentos especializados. Posteriormente é feita uma análise do texto constitucional quanto à localização do Júri na Carta Magna, como uma cláusula pétrea. A partir daí, é analisado o que é uma cláusula pétrea, um direito subjetivo público, e se, hoje, o Júri traz em si essas características. Por conseguinte é feito um estudo sobre a possibilidade de alteração ou supressão do texto constitucional que prevê o Júri; a alteração visando a sua modernização e adaptação à atualidade, visto ser um instituto ultrapassado e possuir diversos defeitos, além da ineficácia. Já, a supressão consistiria na extinção do mesmo. Nesse contexto, chega-se à conclusão que é necessário urgentemente uma mudança do instituto, seja alterando-o, ou o extinguindo. A partir daí são feitas análises de hipóteses para julgamentos dos crimes de competência do Tribunal do Júri. Hipóteses essas, que prevêem, de antemão, a possibilidade de alteração ou supressão do texto constitucional que prevê o Júri. Entre tais hipóteses estariam incluídos: o julgamento por juiz togado, em vara especializada, prestigiando, assim, a especialização do juiz criminal, e os princípios que norteiam o processo penal, para esse ocorreria a extinção do Júri; ou o julgamento desses crimes pelo escabinado, ou júri misto; nesse caso haveria alteração do texto constitucional e conseqüente mudança dos membros que compõem o Conselho de Sentença.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri; Críticas; Possibilidade de Alteração ou Supressão; Hipóteses de Julgamento, Conclusão.

ABSTRACT

In this current work, the author searched to discuss the presence of the Jury's Court Institution in our Constitution as his current formation and structure. For this purpose, he availed the criticism about its imperfections and the purpose of its creation. The deduction method as well as the utilization of bibliographic and jurisprudential resources were used, through which the author searched to describe the foundations that guide his conclusion, with eventual alteration or suppression of the Institution, as well as the advantages which would be brought together with this advent. The author, on a first moment, analysed the Jury's Court focus of origin, and the occasional reason(s) of its creation. After exposing the divergences about the exact age of its appearing and the reason(s) that caused its creation, the author comes to an agreement as regards them. On a second moment, the principles which rule the penal suit and the suitable guarantees that exist in the present time, which assure fair suit and judgment were analysed. Principles and guarantees that did not exist at the age of Jury's creation. Later, the following comments upon the Jury's Court were made: today it does not exist the purpose of the age to which it was created; the arbitrariness of the Sentence Board decisions and consequences misjudges committed by the secular juror; Lack of Pairs of the defendant with the Sentence Board; Violation of Double Degree of Jurisdiction and the Lack of Decisions' Foundation; Theater in Court; the media's influence on the Sentence Board's decisions; the existence of petty politics on the juror's decisions; the lack of prestige in the society for the Jury either in Brazil or in foreign countries; most of the society does not know the Jury and there is no concern in participating; new age: specialized judgments. Afterwards, an analysis upon the constitutional text was made about the topographic localization of the Jury, as being first stony clause. Since then, what is a stone clause was analysed, one public subjective right and if today the Jury has these characteristics. Therefore, a study about the possibility of alteration or suppression of the constitutional text, foreseen by the Jury. The alteration aiming its modernization to the present time, seen as an old fashioned institute, has many imperfections besides the ineffectiveness, but the suppression will consist in the extinction of it. In this context, the author concluded that changing the institute is necessary, altering it or extinguishing it. Since then, analysis upon the hypothesis for judgment of crimes from the Jury's Court competence: these suppositions, which foresee at first the possibility of altering or suppressing the constitutional text, foreseen by the Jury. These judgment hypothesis would have been of being judged by a gowned judge, in a specialized pole, appreciating, however, the criminal judge's specialization, and the principles related to the Penal Process, for him it would occur to the Jury's extinction, or judgment of these crimes by the, in this case there would be alteration in the constitutional text, and consequently, changing in the members who take part of the Sentence Board.

KEY WORDS: Jury's Court; Criticism; Possibility of Alteration or Suppression; Judgment Hypothesis; Conclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. ORIGEM HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	13
1.1 Gênese da Instituição do Júri.....	13
1.2 Síntese do Tribunal do Júri no Brasil.....	16
1.3. Finalidade para a qual se criou o júri.....	24
2. PRINCÍPIOS E GARANTIAS QUE REGEM O PROCESSO PENAL E GARANTEM PROCESSO E JULGAMENTO JUSTOS.....	27
2.1. Considerações Gerais.....	27
2.2. Funções dos Princípios em Geral.....	28
2.2.1. Função fundamentadora.....	28
2.2.2. Função orientadora da interpretação.....	29
2.2.3. Função de fonte subsidiária.....	29
2.2.4. Função de qualificadora jurídica.....	29
2.3. Finalidade do Processo Penal.....	30
2.4. Sistemas Processuais.....	31
2.4.1. Sistema inquisitivo.....	31
2.4.2. Sistema acusatório.....	32
2.4.3. Sistema misto.....	33
2.5. Princípios que regem o processo penal.....	34
2.5.1. Princípio da verdade real.....	34
2.5.2. Princípio da motivação das decisões judiciais ou fundamentação.....	37
2.5.3. Princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas.....	39
2.5.4. Princípio da imparcialidade do juiz.....	40
2.5.5. Princípio da igualdade das partes.....	42
2.5.6. Princípio da livre persuasão racional ou do livre convencimento motivado.....	43

2.5.7. Princípio da publicidade.....	43
2.5.8. Princípio do impulso oficial.....	46
2.5.9. Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	46
2.5.10. Princípio da iniciativa das partes (“ <i>ne procedat judex ex officio</i> ” ou “ <i>nemo judex sine actore</i> ”).....	50
2.5.11. “ <i>Ne eat judex ultra petita partium</i> ”.....	52
2.5.12 Princípio da identidade física do juiz.....	53
2.5.13 Princípio do devido processo legal.....	54
2.5.14 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos....	55
2.5.15 Princípio da inocência (ou presunção de inocência ou estado de inocência)	58
2.5.16 Princípio do <i>favor rei</i> (ou <i>in dúbio pro reo ou favor libertatis</i>).....	59
2.5.17 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	60
3. CRITICAS CONCLUSIVAS AO TRIBUNAL DO JÚRI.....	62
3.1. Inexiste hoje a Finalidade da Época para o qual foi Criado.....	62
3.2. A arbitrariedade das decisões do Conselho de Sentença e conseqüentes injustiças cometidas.....	64
3.3. Falta de Pares do Réu com o Conselho de Sentença.....	66
3.4 Violação do Duplo Grau de Jurisdição e da Falta de Motivação das Decisões.....	67
3.5 Teatro em Plenário.....	69
3.6 Influência da Mídia nas Decisões dos Jurados.....	71
3.7 Existência de Carga Política nas Decisões dos Jurados.....	73
3.8 Desprestígio da Sociedade para com o Júri tanto no Brasil como no Exterior.....	75
3.8.1 A sociedade em sua maioria desconhece o júri e não há interesse em participar.....	76
3.9 Nova era: especialização dos julgamentos.....	77
4. POSSIBILIDADE LEGAL DE SUPRESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	79
4.1 Júri como garantia individual – cláusula pétrea? Direito fundamental?.....	79
4.2 Artigo 1º § único da Constituição Federal.....	82

5. HIPÓTESES DE JULGAMENTO PARA OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA.....	84
5.1 Julgamento desses crimes por Juizes Togados.....	84
5.2 Julgamento pelo Escabinado.....	85
CONCLUSÃO.....	86
BIBLIOGRAFIA.....	89

INTRODUÇÃO

A instituição do Júri passa na atualidade por um grande questionamento doutrinário e jurisprudencial. A origem do questionamento ocorre devido a vários defeitos que a instituição possui, como o julgamento por leigos, a imparcialidade dos jurados, a falta de fundamentação das decisões, a influência da mídia no conselho de sentença, o fato de não existir hoje a finalidade da época para o qual foi criado, o desprestígio por parte da sociedade no Brasil e no Exterior, por ter um procedimento extremamente formalista, moroso e que, por fim, acaba deixando para leigos, que, de uma hora para outra, se vêm na incumbência de julgar o destino de uma pessoa, sem estarem preparados para isso e ainda deverão conhecer os elementos, as provas que instruem os autos em apenas algumas horas, processo esse que, por vezes, demora anos para ser instruído.

As críticas a essa instituição vêm da mais alta corte do Poder Judiciário no Brasil. Os ministros do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski e Sepúlveda Pertence, são favoráveis à sua extinção, conforme reportagem da Revista Época, de 12 de Junho de 2006, onde questionavam os ministros do Supremo sobre temas que poderiam ser apreciados pela justiça. O Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, que se demonstra desfavorável à instituição, criticou a falta de imparcialidade e a influência da mídia nas decisões do Conselho de Sentença e citou como exemplo o caso do assassinato da atriz Daniela Perez. Segundo ele, supondo que existissem dois ou mais réus e que fossem inocentes, algum desses réus teria alguma chance de absolvição, depois da operação de 'linchamento' montada pela mãe da vítima, a novelista Gloria Perez, com o apoio da Rede Globo e de toda a mídia nacional? Claro que a resposta é negativa.

De um modo geral, o do trabalho foi questionar a atual estrutura e existência do Tribunal Júri em nossa Constituição e, para isso, foram feitas diversas críticas à mesma, também apontadas pela doutrina, questionando desde à finalidade histórica de sua criação, até os tempos atuais;. Já, o objetivo específico foi questionar se, na atualidade, é necessária a existência da mesma e, por fim, a necessidade urgente de reformar e adequá-la aos ditames contemporâneos, ou extingui-la. Visando, seja

qual for a alternativa tomada, trazer uma vantagem para a sociedade de um modo geral, pois se trata de um direito subjetivo público.

Foi utilizado para o desenvolvimento do tema o método dedutivo, partindo-se de um estudo abrangente da Instituição do Júri, desde a sua origem histórica até os tempos atuais, com maior ênfase às críticas à instituição, bem como os princípios que regem o processo penal e garantem um processo e julgamento justo, e a possibilidade legal de supressão do instituto, culminando na divergência entre a alteração ou a extinção do instituo. Para tanto, a técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, documental, fundada em livros jurídicos, jurisprudências e revistas.

A monografia foi dividida em seis tópicos, excluindo-se a introdução, estruturados da seguinte forma: origem histórica do Tribunal do Júri; princípios e garantias que regem o processo penal e garantem um processo e julgamento justo; críticas ao Tribunal do Júri; possibilidade legal de supressão do Tribunal do Júri na Constituição Federal; hipóteses de julgamento para os crimes dolosos contra a vida e, por fim, a conclusão do presente trabalho.

1. ORIGEM HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

1.1 Gênese da Instituição do Júri

Quando se fala em origem histórica do Tribunal do Júri, é difícil apontar um local, uma época, um fator específico de seu surgimento, visto que os locais, as épocas, os fatores são diversos, assim apontados por vários doutrinadores que não entram em consenso sobre tal origem.

Assim, não havendo consenso, são muitos os que direcionam a Europa como sendo o nascedouro do Tribunal do Júri; no entanto, também não são poucos os que entendem ser a Inglaterra, França, Rússia e Escandinávia, como os primeiros a se utilizarem dessa forma de justiça popular.

Para o autor Rogério Lauria Tucci (1999, 16.), o império romano é apontado como sendo o detentor do instituto embrionário que, mais tarde, deu origem ao Tribunal do Júri, sendo esse chamado de *quaestiones perpetuae*, instituído pela Lex Calpurnia, de 149 A.C., o qual era:

... o órgão colegiado constituído por cidadãos, representantes do *populus romano*, presidido pelo pretor, e cujas constituições e atribuições (assim como os crimes determinantes de sua competência, e respectivas penas) eram definidas em *leges*, previa e regularmente editadas.

De outro lado, há quem entenda que a origem do Júri teria se dado na Inglaterra, no ano de 1215, porém, desde o direito processual romano, já se utilizavam da nomeação de jurados, segundo Luiza Nagib Eluf (2003, p.120).

O espírito republicano que firmou a existência de pares sociais, foi desenvolvido na *polis* grega, por volta do século V. A.C, passando, assim, a delimitar as esferas públicas e privadas, buscando o exercício da liberdade de agir no mundo

comum. A técnica da retórica praticada pelos gregos na *ágora*¹ e na *Heliéia*², teve na *polis*³ o seu momento de glória, qual seja, o tribunal e o julgamento, onde se enunciava e se realizava concretamente o direito.

O *Aerópago* e a *Heliéia* foram os responsáveis pela pacificação social em Atenas. O primeiro era encarregado de julgar os crimes de sangue, e era composto pelos arcontes, que assim julgavam pela sua consciência, dirigida por um senso comum jurídico e pela prudência. Heliéia era um tribunal popular, composto por heliastas, que ouviam a defesa do réu e depois julgavam, também segundo a sua consciência e convicção. Essa foi alvo de muitas críticas, decorrente da instabilidade da democracia e da inconstância do povo, visto que facilmente era iludido pelos discursos do momento. Por esse Tribunal foram julgados grandes retóricos da Grécia, oradores e logógrafos e que, sem sombra de dúvida, foi o palco do julgamento de maior importância da sua história: a condenação de Sócrates, que acabou provocando em seu discípulo, Platão, muito ódio e revolta, culminando em enorme descrença na justiça popular.

As *quaestiones perpetuae* romanas, ora já citada acima, tratava-se de um Tribunal Criminal aristocrático, pois era composto apenas por senadores, e somente em 122 A.C, Caio Graco conseguiu incluir populares nas listas de jurados e, em 70 A.C, o cônsul Pompeu reduziu a participação dos senadores em um terço do total. Mesmo assim não deixou de ser um Tribunal composto pela elite, estando, dessa forma, distante de um Tribunal que representasse única e exclusivamente a vontade da sociedade.

Nesse contexto histórico exposto sobre o Tribunal do Júri, o que mais se assemelha à idéia do Tribunal atual é o júri republicano da *Polis* grega, já que a *quaestiones perpetuae* romanas, que eram extremamente antipopulares visto serem compostas, desde o seu início até durante os anos de sua duração por elitistas, fossem eles aristocratas ou senadores, sendo a participação popular sempre menor que à da elite.

O júri republicano da *polis* grega é o ponto mais antigo da história que se tem da origem do Tribunal do Júri, assim comparando com o atual, as finalidades, a

¹ Ágora: praça pública.

² Heliéia: Tribunal popular.

³ Pois: cidade

ideologia, ou seja, ambos tinham por fim o julgamento por membros da sociedade. É claro que no decorrer dos anos, a idéia foi se aperfeiçoando, podendo ser dado como ponto de origem o júri inglês, que é o que a maioria da doutrina aponta como sendo a origem, pois dizem ser o que mais se assemelha ao Júri atual, conforme relata Rui Barbosa (1977. p. 311) “O júri recebeu os primeiros traços da sua forma definitiva em solo britânico.”.

O júri inglês foi criado a partir de Henrique II, por volta do ano 1100. Era formado pelos *conjuratoers*, que eram pessoas que funcionavam como acusadores, junto à figura do Estado, em razão de terem conhecimento, por terem visto ou por haverem apurado o fato em *sub judice* (o fato em julgamento). Não eram juizes e não exerciam a função julgadora analisando o direito material, mas limitavam-se, como toda testemunha, apenas ao fato, ao acontecimento, prolatando enfim seu parecer – *Veredictum* – que era tido como verdadeiro, ou seja, a verdade dita pela testemunha.

Esses acusadores do Estado acabaram ficando conhecidos como júri de acusação e, por sua vez, acabaram dando origem a uma nova maneira de julgar, criando, assim, o chamado “júri de julgamento”, isso ainda na Inglaterra, conforme ensina Heráclito Antônio Mossin (199, p. 180):

No reinado de Henrique II, as testemunhas acusadoras foram transformadas em verdadeiros juizes, isto no final do século XIV; surgia assim o júri de julgamento, que, em consonância com a prova coletada, dizia se o acusado era culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*).

Diante de tais fatos retóricos podemos concluir que: o júri teve origem histórica na *polis* grega com o júri republicano por volta do século V A.C e, a partir daí, vários pontos históricos surgiram prevendo supostos julgamentos por populares. O que mais se destacou e que se assemelha com o júri atual foi o júri inglês, com seus acusadores, chamado “júri de julgamento”. Daí em diante o júri inglês mostrou-se modelo aos franceses, desfragmentando tal estrutura e ideologia com o advento da Revolução Francesa, por todo o continente europeu.

Nesse sentido também é o entendimento de E. Magalhães Noronha (1989, p. 238), quando diz que “aponta-se como origem do Júri a Inglaterra, .todavia seus

traços são encontrados em outros lugares. Na Grécia, p. ex., houve os *heliastas*, que, presididos por um magistrado, decidiam de fato e de direito.”

1.2 Síntese do Tribunal do Júri no Brasil

A primeira origem legal do Tribunal do júri no Brasil foi em 1822, porém em matéria de competência em nada tem analogia ao tribunal atual. O júri foi criado por iniciativa do Senado e da Câmara do Rio de Janeiro, que sugeriram ao príncipe regente D. Pedro, a criação de um juízo de jurados. Foi então criado em 18 de junho de 1822, porém com competência restrita aos crimes de opinião ou de imprensa, enfim, para a execução da Lei de Liberdade de Imprensa, sendo composto por 24 jurados, cabendo recurso ao príncipe regente.

Com o advento da primeira Constituição Imperial de 25 de março de 1824, o júri foi elevado a um dos ramos do Poder judiciário, e foi aumentada a sua competência para outros delitos (artigos 151 e 152 da Constituição de 1824), conforme ensinamento de Magalhães Noronha (1989, pg. 238), alterando também a sua composição para um júri de acusação, com vinte e três componentes e um júri de sentença formado por doze jurados. Os jurados eram nomeados pelo Corregedor do Crime da Corte e da Casa e deveriam ser “homens bons, honrados, inteligentes e patriotas.” (NORONHA, 1989, p. 238).

Por isso sofreu críticas à sua representatividade, vez que, na época, tratava-se de uma sociedade escravocrata: só podiam ser jurados cidadãos que pudessem ser eleitos e que possuíssem determinada renda, sendo, desse modo, pertencentes à classe dominante.

O Código de Processo Criminal adveio em 29 de Novembro de 1832, foi atribuída uma gama de espécies delituosas à competência do júri, trouxe também inovações na sua estrutura, dividindo-o em júri de acusação e júri de sentença.

Em 03 de dezembro de 1841 a Lei nº 261, regulamentada pelo Decreto nº 120, de 21 de janeiro de 1842, introduziu modificações acentuadas na organização

judiciária, e também no júri, extinguindo o júri de acusação, sem antes vitimar alguns brasileiros ilustres como o ex-regente do Império, Diogo Antônio Feijó, Gabriel Rodrigues dos Santos, Rafael Tobias de Aguiar, e outros.

A competência do júri seria ainda subtraída e posteriormente reformulada, antes do regime republicano e da primeira Constituição Republicana. Em 1850, a Lei nº 562 subtraiu da competência do júri as infrações penais de moeda falsa, roubo, homicídio nos municípios de fronteira do Império, resistência, tirada de preso e a bancarrota (falência). Contudo, quem acabou dando ao júri organização definitiva foi a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulada posteriormente pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, deixando assim a instituição num modelo que o regime republicano acabou encontrando.

Em 1889 adveio o regime republicano, mais precisamente no dia 15 de novembro. O júri foi mantido pela Constituição de 24 de fevereiro de 1891, agora com caráter constitucional conforme dispõe em seu artigo 72º, parágrafo 31º: “*É mantida a instituição do Júri*”, agora como sendo uma das garantias outorgadas a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Com a Revolução de 1930, o Decreto 19.398, de 11 de novembro, praticamente revogou a Constituição Federal, como as Estaduais, mantendo poucos dispositivos, dentre eles os relativos ao Tribunal do Júri, o que certamente contribuiu para a derrota daqueles que, à época, pregavam a supressão do Tribunal do Júri.

Com o advento da Constituição de 16 de julho de 1934, tanto o antigo texto, como sua localização na Constituição foram alterados, sendo colocado, agora, fora das declarações de direitos e garantias individuais. Tal dispositivo na Constituição de 1934 trazia seguinte redação em seu artigo 72: “*É mantida a instituição do Júri, com a organização e atribuição que lhe der a lei*”.

Com o sistema de dualidade processual do regime republicano copiado dos Estados Unidos da América do Norte, ficou atribuído e reservado à cada unidade da Federação o direito de elaborar suas leis processuais, ficando, desse modo, a cargo das legislações estaduais a competência do Tribunal do Júri e o rito processual relativo aos crimes de sua competência, ocasionando, como conseqüência, maior número de leis que tratavam do assunto e todas elas propensas a restringir tal

competência, apesar do dispositivo constitucional dispor que permanecia mantida a instituição do júri.

Em 1937, com o golpe de Estado, sob a ditadura de Getulio Vargas; foi-nos legada a Carta Constitucional de 10 de novembro do mesmo ano. Juntamente com essa surgiram inúmeras opiniões contrárias e favoráveis à manutenção do Júri no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1937, inicialmente, silenciou a respeito do júri, não o prevendo como garantia constitucional, nem mesmo dentro dos órgãos componentes do Poder Judiciário. Não sendo previsto em nenhum dispositivo no texto constitucional, para alguns, tal garantia teria sido suprida; para outros, ainda era existente. Tratava-se de uma similar da Constituição da Polônia, recebendo, por isso, a metonímia de “Constituição Polaca”.

A partir daí, muitos doutrinadores e juristas da época demonstravam-se favoráveis à supressão do Tribunal do Júri, como o Ministro Costa Manso, o Prof. Cândido Mendes de Almeida e outros contrários à tal supressão. Dentre os favoráveis à existência da instituição do Júri e de suma importância na época, estava Magarinos Tôrres (*apud* Franco, 1956, p. 16-20) que, por meio de suas palavras (revelando o seu íntimo subjetivo no momento), abriu, em 16 de novembro de 1937, a sessão do Tribunal no qual exercia presidência, proferindo:

Demonstrou Pedro Lessa que a Constituição de 1891 nunca foi cumprida, sendo, assim, inúteis às reformas políticas, porquanto a questão é de homens e não de instituições (Reforma Constitucional, 1925, p.47). Difícil será definir desprezadas as aparências, o regime destes 48 anos rotulados de república, dos quais, mais da metade foram de ditadura, estado de sitio ou estado de guerra. As organizações em regra não modificam os homens; pelo que indiferente seria haver ou não Poder Legislativo ou Judiciário e nomeadamente Júri. Mas justamente por que este último me párea capaz de atuar, com o tempo, neste sentido, como instituição educativa, escola de cidadãos, ai informados das verdadeiras causas de criminalidade, para podê-las corrigir, é que o tenho defendido e defenderei, não com os extremos a que chegaram, de dar a vida por ele, Diogo Feijó, Rafael Tobias de Aguiar, Teófilo Otoni e Padre Marinho, mas com a persuasão da experiência que tenho de 25 anos de vida judiciária e a autoridade moral de ocupar este posto pelos votos qualitativos de eminentes brasileiros e quantitativos de mais de 100 mil cidadãos que se manifestaram à minha investidura (representados por associações de classes, especialmente comércio e indústria do Brasil, então orientados pelo magnânimo espírito de Afonso Vizeu). Cumpre-me dirimir as duvidas suscitadas sobre a existência do Júri, em face do ato de 10 do corrente, ressalvada a autoridade dos tribunais superiores para emendar méis juízos. Fã-lo-ia desassombradamente contra o Júri, lavrando o meu protesto de brasileiro, se assim me parecesse à consciência de jurista. Mas, não me encontro nesta contingência. Será que a falta de referência à instituição no novo texto, baste a considera-la abolida? Mas o texto em questão não enumera os

'órgãos' do Poder Judiciário nos Estados e no Distrito Federal (art. 90, letra b), caso único em que a omissão teria tal sentido. Fora disto, só por incompatibilidade com os outros princípios, aí estabelecido, ou conceitos formais, poderia entender-se extinto o júri. E, quais são os princípios da nova organização entendíveis como repugnantes a ele? Não será o democratismo, liminarmente expresso, de que o poder político emana do povo e é exercido em nome dele, visto que nos tribunais militares inferiores, referidos no art. 112, tais poderes são exercidos diretamente; e se o júri militar é mantido, não se compreende que o popular seja incompatível com a nova organização, onde também aparece expressa a referência à justiça de paz (art.104), e se restaura o antigo plebiscito, decisão direta do povo, e se promete uma justiça autônoma de patrões e operários, verdadeiro tribunal de classe. Salta aos olhos que esses árbitros não toldam de incoerência o novo texto, declaradamente democrático, que além dos julgadores de ofício, vitalícios e garantidos, outros admite e nomeadamente juizes temporárias (art.106). Não há, pois, má vontade que possa convencer da abolição de jurados, pela invulnerabilidade que os juizes devam ter. Por outro lado, é intuitivo e está dito no art. 183 que continuam em vigor, enquanto não revogadas, as Leis que, explicita ou implicitamente não contrariarem as novas disposições. Donde se há de concluir que, como o júri, também não foram abolidos os institutos do mandado de segurança, das Juntas Comerciais dos Estados, dos Conselhos Penitenciários, embora não referidos. Justamente pelo silêncio, quanto ao problema agitado do Júri, é que se deve decidir a favor dele. Porque o Júri é uma forma de julgamento tradicional entre nós, que atravessou os três regimes, e a forma ordinária, geral, de julgamento, pela organização judiciária e leis de processo em vigor. Vigorava tal instituição, até aqui, obrigatoriamente, em todas as leis regionais, porque ele era direito do cidadão (1891) ou órgão constitucional do poder judiciário (1934). Isto deixou de ser. Mas subsiste, evidentemente, enquanto aquelas leis não forem modificadas, porque nisto não contrariam as novas linhas estruturais deste período, que antes as reclamam como essenciais. E, haverá instituição que mais deva interessar fundamento de escolas e do próprio Estado? Pois é no júri que os cidadãos se apercebem da imperfeição das leis, para poderem corrigi-las quando legisladores ou governantes e atenuar-lhes pelo arbítrio relativo de jurados, os malefícios, que os juizes togados perpetuarão sempre (Henri Coulon) porque adstrito a elas e impedidos de adapta-las à moral a às conveniências de cada época e de cada lugar, nesse imenso Brasil, que Nina Rodrigues dividia em, pelo menos, quatro civilizações diferentes. O bom senso esclarecido é a ciência da vida, que nenhum livro ensina; Hamister liberdade em faze da variedade infinita das circunstâncias, para exercer repressão, que não pode ser só equidade, porque visa também a exemplificar a maioria, e não somente exemplo intimidante, porque a injustiça revolta e não é boa conselheira. São os extremos errôneos do individualismo e do coletivismo, impróprios à justiça, tanto como a pura ciência, determinista, em conflito com o espiritualismo dos códigos (livre arbítrio), ambos tão precários como base de repressão que o preclaro professor Coll vem de esboçar o novo estatuto penal da Argentina sem uma palavra sobre a imputabilidade, ou fundamento do direito de punir, que declara estorvante do interesse social. Não é, pois, ciência, mas conveniência, que o bom senso provê. Não quer isso dizer que ele não erre, como a outra justiça, de que a Corte Suprema não conseguiu emendar todos os erros, pela avalanche de recursos de todas as partes descontentes. Mas seus méritos prevaleceram no espírito da maioria do Congresso Jurídico Nacional de 1933, e da Assembléia constituinte de 1934; alcandoram-se nas penas gloriosas de Pimenta Bueno, Rui Barbosa, João Mendes, Firmino Whitaker, e ainda no presente se apóiam na autoridade de Carvalho Mourão, João Arruda, Borges da Rosa e tantos outros. No mais recente Congresso Internacional, o da Cecília, em 1933, a França, a Inglaterra, a Itália e a Alemanha, etc..., pelos seus legítimos expoentes, consideram insubstituível o Júri, como participação da moral e do bom senso

na mais grave função do Estado, que é a de disposição da honra, da liberdade e da vida dos cidadãos. Porque o Júri é o ideal que hoje, mais que nunca, se colima em todas as dissensões humana: o juízo de classe, a arbitragem de pares, o julgamento dos que conhecem, por suas condições semelhantes, o fato e as partes. O novo regime, que assegura a justiça do trabalho para dirimir conflito entre empregadores e empregados, poupando-lhes à justiça de técnicos (art.130), não poderia privar o Brasil dessa mediação nos crimes graves comuns; porque aqui justamente, ante a cominação de grandes penas, é mister que a culpa seja notória aos olhos de toda a gente (Bluntschli e Rui Barbosa); e isto só é possível no Júri, onde o povo julga ele mesmo o caso e os próprios julgadores. O respeito que estes granjearam, nesta capital e ns capitais dos Estados pela seleção e estímulos morais, mostra bem que a instituição pode ser eficiente, eficiente, desde que s juizes togados tenham compostura e autoridade para organiza-la. Aqui o júri é o mais severo que os julgadores profissionais, como se apura das estatísticas da Procuradoria Geral, quando a justiça togada do interior for boa, bom também poderá ornar-se ai o júri. E, até lá terão os governos, por esse termômetro, a indicação dos seus deveres, quanto à educação, a assistência aos seus concidadãos, quanto ao preparo das leis e da justiça. Quebrar esse espelho seria mais que uma inconsciência; uma franqueza. Quem governa para o bem há de prezar a realidade. Esta, em matéria de justiça, só transparece no júri, como expressão da mentalidade social e da capacidade das organizadoras. Fechar os olhos ao mal é defesa de avestruz, que perseguido, enterra a cabeça na areia. Com a supressão do júri, pois, somente o legislador se iludiria sobre a cultura e a opinião das massas. O Júri, entretanto, subsiste. Cuidemos dele com zelo que merece.

Diante de tais palavras, de quem de fato na época defendia a instituição do júri, expondo assim fundamentação para isso, acabou convencendo o governador, que nomeou uma comissão, culminando, enfim com o Decreto nº 167, de 05 de janeiro de 1938, regulando a instituição do júri no Brasil até o advento do Código Nacional de Processo Penal (nosso atual Código de Processo Penal – Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Esse Decreto-lei nº 167 alterou profundamente o júri, tirando-lhe a chamada “soberania dos veredictos”, com a instituição da apelação sobre o mérito, desde que houvesse, de acordo com o artigo 92, “b”, “injustiça de decisão, por sua completa divergência, com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário”.O júri continuou mutilado, pois se permitia à segunda instância reformar-lhe as decisões.(ACOSTA, 1987, p. 461).

Vemos que o principio da soberania deixou expressamente de existir, pois a Constituição de 1937 foi clara ao dizer, em seu artigo 96, que o julgamento do tribunal leigo poderia ser revisto pelo tribunal de apelação, podendo o julgamento desse último, substituir o julgamento do primeiro.

Nesse contexto de desaparecimento da soberania dos tribunais, muitos doutrinadores processualistas, entre eles Frederico Marques, disseram que a prática do júri teria sido extinta. Já, de modo contrário, houve elogios, defendendo que, dessa forma, não haveria contrariedade dos crimes comuns por parte do totalitarismo, assim pensava Carlos Maximiliano (BASTOS, 1989, pg.159).

Na exposição dos motivos, o Ministro Francisco Campos, que acompanhava o diploma legal, afirmou a subsistência do tribunal popular por estar compreendido no preceito genérico do artigo 183 da Constituição de 1937, que declarava em vigor, enquanto não revogadas, as leis que não contrariassem as disposições da Constituição. Nesse contexto, são suas as palavras a baixo:

É motivo de controvérsia a sobrevivência do júri após o advento da Constituição de 10 de novembro. Argumenta-se que a nova Carta constitucional tacitamente aboliu o tribunal popular, de vez que não faz menção dele, deixando de incluí-lo entre os órgãos do Poder Judiciário, enumerado no seu art.90. A improcedência do argumento é, porém, manifesta. Funda-se ele no velho e desacreditado principio *inclusio unius exclusio alterius*, já substituído na doutrina e na jurisprudência, salvo casos especialíssimos, pelo aforismo contrário: *positio unius non est exclusio alterius*. Para evidenciar o erro de sua aplicação na espécie, basta atentar em que, no citado art.90, a Constituição não faz igualmente referência aos juizes e tribunais que terão de julgar os crimes político-sociais (art.172) e as questões entre empregadores e empregados (art. 139), e seria absurdo concluir-se daí que tais juizes ou tribunais sejam órgãos de outro poder que o Judiciário. O que cumpre indagar é tão-somente se a instituição do júri esta compreendida no preceito genérico do artigo 183 da nova Constituição, que declara em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explicita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição. Ora, o vigente regime governamental é fundamentalmente democrático, e, portanto, lhe é inerente o principio de que o povo, além de cooperar na formação das leis, deve participar na sua aplicação. Outra questão é saber se o júri, deixando de ser uma injunção constitucional, deve ser mantido. A resposta não pode deixar de ser afirmativa. Se outros méritos não tivesse o tradicional instituto (são bem conhecidos os argumentos formulados em seu favor), teria, pelo menos, o de corresponder a um interesse educacional do povo e o de difundir, no seio desde, a nítida noção e o apurado sentimento de responsabilidade que lhe cabe como participante da atividade do Estado.(MOSSIN, 1999,.p. 194).

Posteriormente, com o fim da ditadura de Getulio Vargas, foi promulgada a Constituição de 18 de setembro de 1946, na qual, por meio de seu artigo 141, parágrafo 28, o Tribunal do Júri foi recolocado no capítulo das garantias individuais, sendo que o referido parágrafo criou limitações ao legislador ordinário,

restabelecendo a soberania dos veredictos, o que antes havia sido limitado pelo Decreto-lei nº 167.

Assim previa tal dispositivo:

Art. 141º: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residente no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
Parágrafo 28: “É mantida a Instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o numero dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Vemos que o constituinte limitou os poderes do legislador ordinário, declarando como requisitos fundamentais do Tribunal do Júri:

- a) sempre ímpar o número de membros;
- b) garantia do sigilo das votações;
- c) a plenitude da defesa do réu;
- d) a soberania dos veredictos;
- e) obrigatoriedade da competência para julgar crimes dolosos contra a vida.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, produzida sob o regime militar, manteve a instituição do Júri, no Título II “Da Declaração de Direitos”, Capítulo IV “Dos Direitos e Garantias Individuais”, dispoendo em seu artigo 150, parágrafo 18: “São mantidas a Instituição e a soberania do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

Porém, em 17 de outubro de 1969, veio a Emenda Constitucional nº 01 que, por sua vez, preferiu restringir o disciplinamento constitucional do Tribunal do Júri ao dispor que “é mantida a instituição do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”, omitindo, desse modo, a referência à soberania e alterando do disposto no artigo 150, parágrafo 18, que passou a ter a seguinte redação: “É mantida a instituição do júri, que terá competência nos crimes dolosos contra a vida”.

Jáinda, a Lei 5.941 de 22 de novembro de 1973, chamada de “Lei Fleury”, dispôs que, sendo pronunciado a réu, e sendo ele primário e de bons antecedentes,

poderia o juiz deixá-lo em liberdade aguardando o julgamento. Dispôs também que o tempo de debate em plenário seria de duas horas, dessa forma reduzindo-o; manteve o tempo para a réplica e para a tréplica em meia hora.

Por fim, após o período militar que durou de 1964 a 1985, novamente, nos moldes da Assembléia de 1946, sentiu-se o constituinte de 1988 no dever de restaurar tudo aquilo que foi alterado ou suprimido pela Constituição de 1967, com enfoque na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que havia se omitido em relação à soberania dos veredictos.

A Constituição de 1988 foi uma reprodução quase que na íntegra do que havia sido preceituado em 1946 no que tange ao júri. Acabou, a Magna Carta, culminando com a previsão do júri no artigo 5º, inciso XXXVIII, dentro do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, com a seguinte redação:

- Artigo 5º, inciso XXXVIII – É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
- a) a plenitude da defesa;
 - b) o sigilo das votações;
 - c) a soberania dos veredictos;
 - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

A organização que lhe der a lei, conforme vem preceituado no artigo 5º, *caput*, é dada pelo nosso Código de Processo Penal, no artigo 74, parágrafo 1º, onde estabelece a competência do Júri, e nos artigos 406 ao 502, onde estabelece o procedimento a ser seguido.

O instituto do Tribunal do Júri sobrevive até hoje, frente às alterações e supressões que teve nas sucessivas Constituições e às críticas que sofreu no decorrer da história e que até hoje ainda perduram.

1.3 Finalidade para a qual se criou o Júri

Seja em qual época tenha sido o seu surgimento, pois nesse tocante há divergência, nota-se que, todas as vertentes doutrinárias, têm em comum a natureza política, ou seja, em ambas as épocas não havia um Poder Judiciário independente, e sim subordinado; os juizes não eram escolhidos pela sociedade ou de forma democrática, como por exemplo, por um concurso público, mas sim colocados em tal posição por dominantes autoritários da época.

Em tais épocas não existia toda essa estrutura do Poder Judiciário que temos na atualidade e, muito menos, os princípios e garantias processuais que hoje existem assegurados, tanto pela Constituição Federal, como pela norma processual.

Assim, para uns, o Tribunal do Júri veio inicialmente da necessidade dos povos primitivos de se associarem, com o objetivo de obter benefícios à sua própria existência e subsistência, dando início à formação das primeiras sociedades. Porém, concomitantemente aos fatores positivos advindos dessa união, sobrevieram fatos que não eram desejados pelos seus idealizadores, ocasionando discórdias em meio ao povo. Surgiu, então, a necessidade e importância em se disciplinar as relações de interesses objetivos e subjetivos, tendo como parâmetro o equilíbrio entre seus integrantes, assegurando por meio de normas de condutas os seus direitos e também descrevendo os seus deveres.

Muitos são os doutrinadores que apontam essa seqüência lógica histórica como sendo a origem do júri, entre eles podemos destacar Firmino Witaker (1904, p. 08), relatando que a origem do júri “remonta às primeiras épocas da humanidade. Qualquer que fosse a dúvida levantada nas tribus errantes, sem leis positivas e autoridades permanentes, a decisão era proferida pelos pares dos contendores”.

Para Heráclito Antônio Mossin (1999, p. 80) o Júri fora criado em substituição aos antigos sistemas das ordálias⁴ e dos juízos de Deus, os quais consistiam em provas a serem realizadas pelos acusados na Idade Média, onde se apurava a inocência ou a culpabilidade desses, segundo o resultado de tais tarefas a eles atribuídas, ou seja, tendo-se por base a crença de que Deus interferiria para dar razão a quem tivesse.

E ainda, segundo Marcelo Combelli Mezzomo (2003, p. 04):

[...] abstraídas as origens remotas do júri, a instituição encontrou forte razão para permanecer e consolidar-se na medida em que a atribuição de julgamento a populares em delitos cujas penas era as mais graves, como a morte, degredo e galés, poderia impedir que governos se utilizassem a máquina judiciária para livrar-se de adversários.

Contudo, mais contemporaneamente, prossegue o autor (MEZZOMO, 2003, p. 05), dispondo que:

no atual estágio de desenvolvimento da sociedade não há mais esta situação, ao menos para justificar o júri. Não temos mais penas dessa natureza, O judiciário possui uma magistratura independente, autônoma e, crê-se, isenta. Há um Ministério Público com os mesmos atributos. Há Publicidade nos julgamentos. Enfim, há um Estado Democrático de Direito, que implica uma série de garantias, aptas a afastar esse temor pela fiscalização ampla da sociedade. Muito pelo contrário, o júri põe por terra uma série de garantias que o julgamento técnico pelo togado resguarda.

Durante grande parte da existência do Tribunal do Júri, vemos que foi em períodos em que o Estado era uno em relação aos três poderes, ou seja, não havia a divisão tripartite dos poderes elaborada por Montesquieu, que não havia autonomia de um poder em relação ao outro e todos era apenas “uno” para o Estado. Os juizes não eram escolhidos pela sociedade e não eram submetidos a concursos públicos, não havia uma série de garantias que existem hoje, que é dada

⁴ Em relação as ordálias, Heráclito Antônio Mossin (1999, .p 180) ensina que “... o juízo de Deus assumia as formas de ordália, que provinha do alemão Urteil, antigamente Urtheil, que era implicativo de decisão de sentença e duelo (duorum bellum, zweikampf), guerra de dois, luta de dois, guerra privada, além do juramento (Schwr, o verbo é Schworen) cujo valor também decorre da convicção de que Deus castiga o perjuro. Ainda para efeito de esclarecimento, as principais ordálias eram a prova da fogueira, a prova do pão e do queijo, a prova da cruz, a prova da água fria, a prova da água quente e do ferro em brasa”.(in. Júri: Crimes e Processo. São Paulo: Atlas, 1999, pg. 180).

ao réu, em princípio, pela Constituição e também pelo Processo Penal e, ao juiz para poder julgar culminando numa decisão justa para todas as partes: juiz, sociedade e réu.

Nesse sentido ensina José Frederico Marques (1997, p. 22) que:

...levado ao continente Europeu como reação à magistratura das monarquias absolutistas, perdeu seu aspecto político depois que o judiciário adquiriu independência em fase do Executivo; e despido daquela auréola quase mística de *paladium* da liberdade, para ser apreciado objetivamente como um dos órgãos da justiça penal, a sua inferioridade se tornou patente. Entre o julgamento inspirado na lei e na razão, no direito e no conhecimento técnico, e aquele ditado pelo arbítrio e pela intuição cega, não há hesitação possível.

Sobre tal assunto leciona ainda o mesmo autor (MARQUES, 1997, p. 23), que: “O Júri foi apontado, outrora, como instituição democrática destinada a substituir os magistrados profissionais das justiças régias do *ancien régime*, que se curvavam às ordens dos dinastas de que dependiam.” .(original não grifado), logo se vê que se tornavam imparciais, pois eram subordinados aos soberanos da época. Pode-se concluir que isso não ocorre mais, visto a atual estrutura do Poder Judiciário e do Estado Democrático de Direito garantidos pela Constituição de 1988.

2. PRINCÍPIOS E GARANTIAS QUE REGEM O PROCESSO PENAL E GARANTEM UM PROCESSO E JULGAMENTO JUSTOS

2.1 Considerações Gerais

O Processo Penal brasileiro é orientado por uma gama de princípios e regras que, por sua vez, são postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Assim, quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual. O processo penal é uma expressão de cultura, de civilização e que reflete determinado momento político, desse modo é evidente que seus princípios oscilam conforme os regimes políticos vão se alterando.

Assim, num Estado totalitário, consideram-se as razões do Estado; já em um Estado democrático, como disse Bettioli (*apud* TOURINHO FILHO, 1974, p. 251), “a liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, deve ser tida como inviolável pela Constituição”

E tanto é assim que, da data da promulgação do nosso Código de Processo Penal, início de 1942, quando vivíamos sob a égide de um arremedo de Constituição, até hoje, houve várias mudanças no nosso Processo Penal, sempre procurando, ainda que de modo não muito eficiente, buscar a tutela dos direitos e interesses do acusado, amparando-lhe e salvaguardando-lhe as legítimas expectativas. Causaria espanto em 1942 afirmar que a única previsão provisória que se justificava era a preventiva e, assim mesmo, para preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação a aplicação da lei (TOURINHO FILHO, 1974, p. 36)..

Dos diversos princípios que regem o processo penal brasileiro podemos destacar: o princípio da igualdade das partes; o princípio da imparcialidade do juiz; o princípio da publicidade; o princípio do contraditório; o princípio do livre convencimento; o princípio da verdade real; o princípio da iniciativa das partes; o *ne eat iudex ultra petita partium*, dentre outros.

Alguns princípios que já foram tratados no tópico anterior, que abrange os princípios gerais do processo, serão também tratados novamente no próximo tópico, porém com vistas ao processo penal.

2.2 Funções dos Princípios em Geral

Aqueles que se dedicam ao estudo da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Processo ensinam que os princípios desenvolvem três funções no direito em geral e no direito processual em particular. Assim, seriam essas três funções: função fundamentadora; função orientadora da interpretação e função de fonte subsidiária. Porém, essa afirmação é parcial pois, na verdade, além dessas funções dos princípios relacionadas às normas, há outras, e a mais importante delas, será objeto de estudo do presente trabalho nos próximos subtópicos, deste mesmo tópico.

2.2.1 Função fundamentadora

Os princípios constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Assim, quando o legislador se posta a normatizar dada realidade social, sempre o fará consciente ou inconscientemente a partir de algum princípio. Desse modo, vemos que os princípios são as idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo, e daí surge à importância do seu conhecimento para a interpretação do direito e elemento integrador das lacunas legais.

2.2.2 Função orientadora da interpretação

Logicamente a função orientadora da interpretação, desenvolvida pelos princípios, decorre da sua função fundamentadora do direito. Logo, se as leis são informadas ou são fundamentadas nos princípios, devem, por sua vez, serem interpretadas de acordo com os mesmos, pois são eles que dão sentido às normas. Na busca do sentido e alcance das normas, os princípios servem de guia e orientador.

2.2.3 Função de fonte subsidiária

A própria lei prevê que, no caso de lacuna da mesma, os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária do princípio decorre da sua função fundamentadora, portanto é o contrario do que muitos dizem ser uma contradição.

Vemos que a fonte formal do direito é a lei, e que a lei funda-se nos princípios e, ainda, que esses princípios servem como guia para a compreensão de seu sentido (interpretação) ou como guia para o juiz suprir a lacuna da lei; quer dizer, como um critério para que ele aplique a norma ao caso concreto.

2.2.4 Função de qualificadora jurídica

Além dessas funções acima relacionadas às normas, também desenvolvem a função mais importante de qualificar juridicamente a própria realidade à que se

referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação à dada realidade, ou seja, direcionando o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrariar os valores contidos no princípio.

A função essencial do princípio é qualificar a realidade, isto é, valorar a realidade, atribuir-lhe um valor, a indicar ao intérprete ou ao legislador que a realidade deve ser tratada normativamente de acordo com o valor que o princípio lhe confere, conforme leciona a doutrina de Albuquerque Rocha (2003, p. 43):

:

[...] Isso significa que as funções dos princípios, em relação às normas jurídicas, são uma derivação lógica de sua função essencial de qualificação da realidade. Ou seja, os princípios têm função de fundamentação das normas justamente porque elas não podem contrariar o valor por eles proclamando; têm função de guia interpretativo justamente porque as normas devem ser interpretadas em harmonia com os valores neles consagrados; finalmente, têm função supletiva porque a norma do caso concreto deve ser formulada em atenção aos valores neles fixados.

Por exemplo, se um princípio qualifica o ser humano como portador de dignidade (C.F., art. 1º, III), isso quer dizer que o legislador não pode editar normas tratando-o como escravo, ou discriminá-lo com base na raça, na cor, na condição social, no credo, nem o juiz pode interpretar as normas de modo a desrespeitar sua dignidade ou seus direitos atribuídos pela Constituição Federal.

2.3 Finalidade do Processo Penal

Podemos dividir a finalidade do processo penal em duas: a mediata ou indireta e a imediata ou direta.

A finalidade mediata do processo penal confunde-se com o direito penal, pois, é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação.

Já, o fim direto do processo penal, também chamado de imediato, é obter, mediante a intervenção do juiz, a realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal.

É, em suma, a realização do direito objetivo incidindo sobre uma situação concreta. “O Estado, no processo, torna efetiva, através dos órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos” (MIRABETE, 2004, p. 46). Para ser solucionado com exatidão o litígio no processo penal, deve ser apurada a verdade dos fatos, para, enfim, aplicar com justiça a lei penal.

2.4. Sistemas Processuais

Segundo as formas de se apresentarem os sistemas processuais e os princípios que os formam, são três os sistemas processuais utilizados na evolução histórica do direito, são eles: o inquisitivo, o acusatório e o misto.

2.4.1 Sistema inquisitivo

No sistema inquisitivo é encontrada mais uma forma autodefensiva de administração da justiça, do que um genuíno processo de apuração da verdade. Suas raízes são no Direito Romano, quando por influência da organização política do Império, se permitiu ao juiz iniciar o processo de ofício.

Vigorou na Idade Média diante da necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e alastrou-se por todo o continente europeu a partir do século XV, diante da influência do Direito Penal da Igreja, e só entrou em declínio com a Revolução Francesa.

Nele inexistem regras de igualdade e liberdade processuais, o processo é normalmente escrito e secreto e desenvolve-se em fases por impulso oficial; ainda, a confissão é elemento suficiente para a condenação, permitindo-se, inclusive, a tortura.

2.4.2 Sistema acusatório

O sistema acusatório tem sua origem na Grécia e em Roma, instalado com fundamento na acusação oficial, embora permitisse, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer do povo. No direito moderno esse sistema implica no estabelecimento de uma verdadeira relação processual *actum trium personarum*, estando em pé de igualdade o autor e o réu, sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, o juiz.

Numa linha histórica das instituições processuais, apontam-se, segundo Tourinho Filho (1990, p. 63-64), como traços profundamente marcantes do sistema acusatório:

- a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão;
- b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade;
- c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial;
- d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*);
- e) o processo pode ser oral ou escrito;
- f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere actori, quod reo non permittitur*;
- g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, “ o sistema acusatório floresceu na Inglaterra e na França após a Revolução, sendo hoje adotado na maioria dos países

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p. 44), “o sistema acusatório floresceu na Inglaterra e na França após a Revolução, sendo hoje adotado na maioria dos países americanos e em muitos da Europa”.

2.4.3 Sistema misto

O sistema misto, também chamado de sistema acusatório formal, é constituído de uma instrução aquisitiva, ou seja, de investigação preliminar e instrução preparatória, e de um posterior juízo contraditório (de julgamento). Embora as primeiras regras desse processo fossem introduzidas com as reformas da Ordenança Criminal de Luiz XIX (1670), a reforma radical foi operada com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, na época de Napoleão, espalhando-se pela Europa Continental só século XIX. É ainda o sistema utilizado em vários países da Europa e até da América Latina (Venezuela).

No direito contemporâneo, o sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local e subdivide-se em duas orientações, segundo a predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão (RUBUANES, 1984, p. 25).

Já no Brasil, a Constituição adota o sistema acusatório no processo penal, estabelecendo o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, assim prevê a redação do artigo 5º, inciso LV da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Ministério Público tem legitimidade privativa da ação penal pública, conforme estabelece o artigo 129, inciso I da Constituição, embora assegure ao ofendido o direito à ação privada subsidiária da pública, assim estabelece o artigo 5º inciso LIX. A autoridade julgadora é a autoridade competente – juiz constitucional ou

juiz natural, conforme o artigo 5º inciso LIII e artigos 92 ao 126. Os atos processuais são públicos, em regra, podendo a lei restringir a publicidade apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, isso em consonância com o artigo 5º inciso LX, e 93º inciso IX, ambos da Constituição.

A doutrina tem procurado distinguir certos princípios característicos do processo penal moderno, principalmente no que se refere ao sistema acusatório. Tais princípios, porém, não são exclusivos desse sistema e a ausência ou atenuação de alguns deles não o descaracterizam. Os principais são os do estado de inocência, do contraditório, da verdade real, da oralidade, da publicidade, da obrigatoriedade, da oficialidade, da indisponibilidade do processo, do juiz natural e da iniciativa das partes.

2.5 Princípios que regem o Processo Penal

2.5.1 Princípio da verdade real

O *jus puniend* do Estado, só pode se fazer valer em face daquele que, realmente, tenha cometido uma infração e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.

Por esse princípio os limites artificiais da verdade formal eventualmente criador por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações, etc, tão comuns no processo civil, ficam excluídos no processo penal. Desse modo, enquanto o juiz cível deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no processo penal o juiz tem o dever

de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração, e em que condições a perpetrou, para dar base certa a justiça.

Assim ensina a doutrina: de Tourinho Filho (1999, p. 37):

A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontrastável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes.

Também decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando, na inércia da parte, ele mesmo determinar *ex officio*, as provas necessárias para instruir o processo, para que assim possa, quanto mais possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

Deve ser ressaltado que, no processo penal brasileiro, o princípio da verdade real, não vige em sua inteireza, conforme ensina-nos Mirabete (1999, p. 47):

Não se permite que, após uma absolvição transitada em julgado, seja ela rescindida, mesmo quando surjam provas concludentes contra o agente. A transação é permitida, por exemplo, nas ações privadas com o perdão do ofendido. A omissão ou desídia do querelante pode provocar a perempção. Há, também, inúmeras outras causas de extinção da punibilidade que podem impedir a descoberta da verdade real.

E não poderá ser instaurado novo processo penal, por esse mesmo crime em que o réu tenha sido absolvido, isso mesmo que após o trânsito em julgado da absolvição surjam novas provas concludentes em relação ao crime.

De outro lado, em hipótese de condenação, será possível a revisão criminal; nesse caso parece que o princípio da verdade real acabou ficando sacrificado. Em uma comparação com o processo civil, a sentença que é proferida erroneamente a favor ou contra o réu, assim que transitada em julgado, não comportará mais reexame, com exceção da ação rescisória.

Nesses exemplos podemos perceber que o juízo penal transige com a verdade real. E ainda mais: a maior transigência está no campo extrapenal. Sendo assim não se pode negar que no juízo penal a transigência com a verdade material

seja menor que no cível. Em razão disso afirma a doutrina que “embora o princípio da verdade real não vigore em toda a sua pureza no Processo Penal, aqui ela é mais intensa que no cível.” 9TOURINHO FILHO, 1999, p. 48).

Não pode ser esquecido o poder jurídico que compete ao juiz quanto ao desenvolvimento da relação processual; sobre isso são preciosas as seguintes observações: o juiz aparece como titular de um poder autônomo de investigação, isto é, tem o poder de investigar de ofício a verdade dos fatos, apesar da inatividade do Promotor de Justiça e da parte contrária, não só durante a instrução, *“sino también, em forma excepcional, durante el juicio. És un celoso guardián de la verdad”* (MARICONDE, 1956).

Essa posição ativa e proeminente do órgão jurisdicional penal decorre da natureza pública do interesse repressivo e contrasta com a posição do juiz cível, cujos poderes estão, geralmente condicionados e limitados pela iniciativa das partes.

O juiz cível tem poderes extraordinários para o descobrimento da verdade real, e disso ninguém duvida, e para isso ele poderá determinar de ofício as provas necessárias à instrução do processo. Também não há dúvidas de que a verdade real, para a solução justa do litígio é tarefa ínsita da atividade jurisdicional.

Mas o importante e o que os diferencia é que, em regra, no cível os interessados podem dispor de seus direitos e, por isso, estão sujeitos à sanção do artigo 343, § 1º, do Código de Processo Civil, prevendo que a parte interessada pode requerer o depoimento pessoal da outra parte caso o juiz não o determine de ofício, e que a parte será intimada pessoalmente e constado no mandado que presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo na audiência de instrução e julgamento, se recuse a depor. Tudo isso torna possível *“que, a su final, surja como verdadero, lo que solo es parcialmente, o no lo es em absoluto”* (MARICONDE, 1956).

Pelas características singulares que possui, o processo penal tem mais facilidade de chegar à *“adequatio intellectus et rei”*. É certo, por outro lado, que, mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso mesmo, melhor seria falar de “verdade processual”, mesmo porque, por mais que o juiz

procure fazer uma reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real”.

2.5.2 Princípio da motivação das decisões judiciais ou da fundamentação

A Constituição brasileira prevê em seu artigo 93, inciso IX que todas as decisões dos Órgãos do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas. Trata-se de mais um princípio, assim como o princípio da Publicidade, direcionado ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional.

Tradicionalmente a motivação das decisões judiciais era vista como uma garantia das partes, com vistas à possibilidade de impugná-la com a finalidade de sua reforma. Esse era o motivo que os estatutos processuais tinham para assegurarem a necessidade de fundamentação. Nesta época, o princípio não tinha ainda amparo constitucional, apenas em leis processuais.

Porém, numa sociedade mais evoluída e contemporânea, foi sendo aguçada a função política da motivação das decisões judiciais, visto que os destinatários das decisões não eram apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas sim qualquer um do povo, com a precípua finalidade de ter em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade da justiça. Até o momento o ordenamento jurídico brasileiro tinha o presente princípio como lei processual e, a partir de então, elevou-o a status constitucional, seguindo as Constituições Belgas, Italianas, Gregas e tantas outras latino-americanas.

Assim nos ensina a doutrina de Araújo Cintra (2004, p. 57):

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art.381; CPC, art.165 c/c art. 458; CLT, art. 832)

Mais modernamente foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das partes.

Nas palavras de Araújo Cintra (2004, p. 58):

Por isso diversas Constituições – “como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas – haviam erguido a princípio da motivação à estatura constitucional, sendo agora seguidas pela brasileira de 1988, a qual veio adotar em norma expressa (art.93, inc. IX) o princípio que antes se entendia defluir do § 4º do art. 153 da Constituição de 1969.

Sobre o presente princípio nos ensina José de Albuquerque Rocha (2000, p. 14),que:

O juiz é interprete e aplicador da lei aos casos concretos. Por isso, tem que motivar sua decisão. Não o fazendo, pratica ato arbitrário, contrário ao direito. As partes têm direito fundamental à motivação das decisões judiciais, implícito no direito a tutela jurisdicional. Não basta indicar o dispositivo legal. É preciso argumentar, isto é, justificar por que o está aplicando. A motivação é imperativo constitucional previsto no art. 93, IX.

Nem todas as doutrinas que ensinam a teoria geral do processo tratam, quando lecionam sobre o princípio da motivação das decisões judiciais, de uma exceção a esse este princípio que seriam os julgamentos de competência do Tribunal do Júri Popular, esses que a ensinam, dizem que a soberania que a constituição dá a seus veredictos prevaleceria à obrigação da motivação e fundamentação das decisões, conforme ensina Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso (2000, p. 14):

Nosso ordenamento abre uma única exceção ao princípio da motivação: nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri Popular, órgão constitucional da jurisdição e soberano em seus veredictos, pelo qual o acusado é julgado por seus semelhantes, mediante simples respostas positivas ou negativas a quesitos formulados pelo juiz togado, sem qualquer demonstração do raciocínio lógico dos jurados quanto ao juízo condenatório ou absolutório.

Carlos Eduardo (2000, p. 15-16) ainda diz que:

Como o princípio do devido processo legal extrapolou os limites do direito processual, a fundamentação tem sido até mesmo nas decisões das autoridades administrativas, sob pena de nulidade da sanção aplicada, como por exemplo, na apreensão de carteira de motorista e nos procedimentos administrativos de demissão do funcionário público.

2.5.3 Princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas

Ambos os princípios informam a realização dos atos processuais, e também por sua vez são conexos. Se o processo é o instrumento para a realização do direito material, isto é, se é meio para um fim, então os meios para alcançar o fim devem ser os mais eficientes e eficazes, devem sempre ser praticados da forma menos onerosa possível às partes, dentre aquelas previstas na legislação processual. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício, isto é o que recomenda o princípio da economia processual, sempre almejando o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

No processo penal não se anulam os atos imperfeitos quando não prejudicarem a acusação ou a defesa e quando não influírem na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, conforme o estabelecido nos artigos 566º: Não será declarada a nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse; e o artigo 567º : A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

Como a finalidade da justiça é dar ao homem o que lhe é de direito, e que para isso não se mede o valor econômico das causas e litígios, o presente princípio deve ser aplicado sabidamente e de modo dosado, levando em consideração sempre a sua importância para a justiça.

2.5.4 Princípio da imparcialidade do juiz

No processo penal, assim como no processo civil não se pode admitir um juiz parcial. Se o Estado chamou para si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida, se no processo, quer civil, quer penal, não houvesse imparcialidade do juiz.

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador. Trata-se de capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida. (CAPEZ, 2006, p. 18).

Para que se tenha essa imparcialidade, é preciso antes de mais nada independência, livre de coações, de influências constrangedoras, enfim, de ameaças que pudessem fazê-lo temer a perda do cargo. Por isso é que lhe foram conferidas pela Constituição garantias à magistratura, são elas: vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de vencimentos. Assim prevê a Constituição em seu artigo 95º e seus incisos.

Porém, apesar desses cuidados do legislador constituinte procurando dar ao Magistrado as garantias necessárias para não temer o exercício imparcial da função e ao mesmo tempo impondo certas vedações para que ele não se entusiasme com vantagens outras, o legislador ordinário, ciente de que não se pode conceber uma justiça presidida por Juiz parcial, previu determinadas situações que podem gerar a suspeita de parcialidade, e, nesses casos, a lei permite que a parte recuse o juiz. Deste modo, o juiz há de ser não apenas objetivamente capaz, ou seja, com competência estabelecida *ante factum*, mas também subjetivamente capaz. Assim tanto o juiz impedido como o juiz suspeito não pode atuar no processo (*judex inhabilis* ou um *judex suspectus*).

O impedimento é mais sério que a suspeição, chegando a privar o juiz de exercer a atividade jurisdicional, é o que se constata pelo artigo 252 do Código de Processo Penal dispondo que o juiz impedido não poderá exercer jurisdição quando:

- a) tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- b) ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- c) tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
- d) ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado feito.

Havendo o impedimento, aumenta bastante a possibilidade de tornar-se ele imparcial em face do seu manifesto interesse na solução do litígio.

Quanto à suspeição a lei também estabelece causas que podem quebrar a imparcialidade do juiz, essas causas vêm previstas no Código de Processo Penal em seu artigo 254 e seus incisos, dispondo que: dar-se-á o juiz por suspeito, e se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes, nas seguintes hipóteses:

- a) se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- b) se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo o processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- c) se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV se tiver aconselhado qualquer das partes;
- d) se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
- e) se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

As hipóteses de impedimento podem ser alegadas a qualquer momento, pois se tratam de matéria de ordem pública, e também de nulidade absoluta. Ocorrendo uma das hipóteses previstas para a suspeição do juiz, não significa que o juiz será parcial, assim a suspeição não é matéria de ordem pública, e uma vez não sendo alegada no momento oportuno, acarretará na preclusão do direito da parte interessada.

2.5.5 Princípio da igualdade das partes

O presente princípio trata-se de um desdobramento do princípio de que todas as pessoas são iguais perante a lei, previsto na Constituição em seu artigo 5º *caput* (CAPEZ, 2006, p. 19). Embora as partes figurem em pólos opostos dentro do processo, elas estão num mesmo plano, com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades. Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 41) diz que esse princípio é uma consequência do princípio do contraditório e que o legislador procurou manter esse equilíbrio diante do juiz.

Porém, essa igualdade não é absoluta, sofrendo temperamentos, principalmente pelo princípio do *favor rei* e são exemplos desse temperamento ou atenuação:

- a) a possibilidade de apenas o réu poder protestar por novo júri;
- b) somente o réu pode opor embargos infringentes ou de nulidades;
- c) a revisão criminal só pode ser postulada em face de uma sentença condenatória;
- d) proibição da *reformatio in pejus* em recurso interposto pelo réu. Isso tudo deriva do princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, sendo um princípio eminentemente ético que de certa forma serve para contrabalançar a posição da parte que acusa.

Na verdade, se o réu é a pessoa que suporta uma “limitação na própria esfera de liberdade jurídica”, ficando assim, numa situação de desvantagem perante o titular do *jus persecuendi*, deve ser favorecido pelo Direito (TOURINHO FILHO, 1999, p. 41). Nesse contexto afirmou Giuseppe Bettiol (apud COSTA ANDRADE, 1974, p. 295) que, no conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do réu, por outro, a balança deve inclinar-se em favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade. Não há, portanto, inconstitucionalidade no fato de caber somente à defesa a utilização de determinados recursos, como os embargos infringentes e de nulidade, ou da inexistência, em nosso sistema, da revisão criminal *pro societate*.

2.5.6 Princípio da livre persuasão racional ou do livre convencimento motivado

Esse princípio vem consagrado no artigo 157 do Código de Processo Penal dispondo que: o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova. Deste modo...

...o juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais, devendo observar, na sua apreciação, as regras legais porventura existentes e as máximas de experiência. É o sistema que vale como regra. (BONFIM, 2003, p. 08).

Assim, no julgamento da causa “o juiz tem liberdade na valoração de cada elemento probatório, devendo, não obstante, motivar suas decisões, pautando-se nos elementos trazidos aos autos, sob pena de nulidade conforme estabelece o artigo 93 inciso IX da Constituição 9BONFIM, 2003, p. 09).

Esse princípio estrutura-se intermediariamente entre o sistema da prova legal e o julgamento *secundum conscientiam* (segundo a consciência). Assim, pode-se dizer que são dois extremos: de um lado, o sistema da prova legal que visa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, e o juiz os aplica mecanicamente; de outro lado, o julgamento *secundum conscientiam*, pelo qual o juiz pode decidir com base nas provas dos autos, mas também contra as provas dos autos, ou até mesmo quando não houver provas.

O sistema da prova legal predominou vastamente na Europa, no direito romano-canônico e também no comum, com a finalidade, na tentativa lógica da escolástica de resolver tudo *a priori*, com a disposição de regras aritméticas e de uma complicada doutrina envolvida num sistema de presunções. Também existiu no antigo processo germânico, onde a prova representava, em real, uma invocação a Deus. Já o sistema *secundum conscientiam*, é observada com uma certa mitigação, pelos tribunais do júri, que por sua vez, são compostos por juizes populares.

O princípio intermediário entre esses dois supracitados, ou seja, o princípio do livre convencimento do juiz, ou também como é chamado, de princípio da persuasão racional, teve início a partir do século XVI, e que, sobretudo, consolidou-se com a

Revolução Francesa. E, foi a partir de 1791 que se concretizou tal consolidação, por um decreto da assembléia constituinte francesa, que determinava que os jurados julgassem *suiwant votre conscience et votre intime conviction* (segundo sua vossa consciência e íntima convicção).

Desde então o Código Napoleônico de processo civil adotou implicitamente o presente princípio, mas não foi daí que este princípio teve sua expansão, e sim com os estatutos processuais da Alemanha e da Áustria, a partir destes houve uma maior aplicação em diversos outros estatutos de diversos países, libertando em fim o juiz das fórmulas numéricas.

O princípio da persuasão racional impede que o juiz possa julgar com o conhecimento que eventualmente tenha extra-autos. *Quod non est in actis non est in hoc mundo*, ou seja, o que não está nos autos não está no mundo (TOURINHO FILHO, 1990, p. 42).

Nem todas as doutrinas tratam como exceção à não obrigatoriedade da motivação das decisões para os julgamentos de competência do Tribunal no Júri. Nesses julgamentos os jurados decidem conforme sua íntima convicção, sem apresentar as razões de seu convencimento.

2.5.7 Princípio da publicidade

Trata-se de um importante princípio, e que como já salientado anteriormente, vige tanto no processo penal como no processo civil. Segundo ele os atos processuais devem ser públicos. Ele vem previsto na Constituição em seus artigos 5º inciso LX e artigo 93 inciso IX. No Código de Processo Penal ele vem previsto no artigo 792 onde estabelece que: as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos.

Trata-se de uma publicidade absoluta, pois são franqueados ao público em geral. Contudo...

... se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou 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 numero de pessoas que possam estar presentes”, é o que estabelece o § 1º do Código de Processo Penal.

No tocante à Constituição também permite ao legislador restringir a publicidade dos atos processuais para a *defesa da intimidade* ou do *interesse social*, é o que estabelece o artigo 5º inciso LX da Constituição. Prevê ainda em seu artigo 93º inciso IX a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não deve prejudicar o interesse publico a informação; tal dispositivo tem redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 do ano de 2004, e o artigo 5º inciso XXXIII que diz: “todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

De outro lado:

A publicidade não atinge, *grosso modo*, os atos que se realizam durante a feitura do inquérito policial, não só pela própria natureza inquisitiva dessa peça informativa, como também porque o próprio artigo 20º do Código de Processo Penal dispõe que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Trata-se, de conseguinte, de *lex specialis*. Nem se invoque a Constituição. Nela se fala em publicidade dos *atos processuais*... e os do inquérito não o são.(CAPEZ, 1974, p. 81).

Assim, segundo as palavras de José Frederico Marques (1961, p. 69):

A regra geral da publicidade dos atos processuais está em correspondência com os interesses da comunidade, sendo considerada um freio contra a fraude, a corrupção, a compaixão e as indulgências fáceis. O inverso que seria o procedimento secreto revela o temor da justiça a crítica do povo, não garante ao acusado o direito de defesa e cria um regime de censura e irresponsabilidade.

Segundo parte da doutrina, a publicidade apresenta dois aspectos: a publicidade geral, ou também conhecida com plena ou particular, ou ainda publicidade popular, que são aquelas que os atos podem ser assistidos por qualquer

pessoa, e *publicidade especial*, ou também chamada de publicidade restrita, ou ainda publicidade para as partes, que são aquelas em que publicidade do ato está reduzida a um numero de pessoas que podem estar presentes a eles. (TOURINHO FILHO, 1980, p. 86).

A publicidade pode ser ainda imediata, quando se pode tomar conhecimento dos atos diretamente, ou mediata, quando os atos processuais só se tornam públicos através de informe ou certidão sobre a sua realização e conteúdo. (MARQUES, p. 58-69).

Assim como no inquérito policial, o recolhimento dos jurados em uma sala secreta para procederem à votação dos quesitos formulados pelo juiz-presidente nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri não ofende ao principio da publicidade, visto que a própria Constituição assegura o sigilo das votações, assim o prevendo em seu artigo 5º inciso XXXVIII. Não obstante, parte da doutrina tem-se insurgido contra o procedimento instituído pelo artigo 3º da Lei nº 9.034, de 3 de Maio de 1995, que visa à preservação do sigilo de elementos probatórios obtidos por meio do acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, nas infrações penais praticadas por organizações criminosas. (BONFIM, p. 09).

2.5.8 Principio do impulso oficial

Por esse principio, sendo uma vez instaurada a relação processual, compete ao juiz promover o procedimento de fase em fase, ou seja, impulsionar o processo, para que em final ele culmine em seu exaurimento, que é a função jurisdicional. Ele garante a continuidade dos atos procedimentais e seu avanço em direção à decisão definitiva. Embora saibamos que a jurisdição é inerte, o processo, uma vez instaurado, não pode ficar a mercê das partes. E é conveniente que assim seja, em virtude do predomínio do interesse publico sobre o particular, a exigir que a relação processual, uma vez iniciada, se desenvolva e conclua no mais breve tempo

possível, exaurindo-se, dessa maneira, o dever estatal de prestar o serviço jurisdicional.

Tal princípio inspira-se na premissa de que o Estado tem interesse na rápida solução das causas, enquanto o critério oposto se move na idéia de que o processo é assunto das partes. Por isso é que, historicamente nota-se uma orientação no sentido do impulso oficial, acompanhando a colocação publicista do processo.

2.5.9 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório ou como também é chamado de bilateralidade da audiência, é um dos mais importantes no processo acusatório (como é o nosso) inexistindo no processo inquisitivo, e trata-se de uma garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado, conforme estabelece o artigo 5º inciso LV da Constituição: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Por ele “o réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido (*audiatur et altera pars*)”.(CAPEZ, p. 31).

Não bastando tal dispositivo (artigo 5º inciso LV) a Constituição ainda acentuou o artigo 5º inciso LIV dispondo que: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim é “claro que nesta expressão – *due process of law* – estão todas as garantias processuais”.(TOURINHO FILHO, p. 44).

O Código de Processo Penal brasileiro consigna regras realçando essas garantias constitucionais, como por exemplo, a disposição do artigo 261, prevendo que: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Já o artigo 263 dispõe que se o acusado não tiver defensor, o juiz será obrigado a nomear-lhe um, ressalvando o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação técnica.

Prevê ainda que o acusado deve ser citado para o processo, assim que o juiz receba a denúncia ou a queixa (artigo 394º do Código de Processo Penal); notificado para os atos processuais e intimado das decisões; pode arrolar o mesmo número de testemunhas que o acusador etc. É preciso que o julgamento seja precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu, como: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

Porém, segundo Almeida (1973, p. 107-108):

[...] necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

O desrespeito para com essas previsões procedimentais constitui nulidade, conforme o disposto no artigo 564, inciso III, alíneas “c”, “e”, “f”, “g”, “h”, “l”, “o”, do Código de Processo Penal.

Deste princípio, segundo Mirabete (2000, p. 47) decorrem:

A igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc.

Não se pode esperar a justiça da sentença, se concedendo mais privilégios a sociedade do que ao indivíduo, ou vice-versa, até porque isto mesmo é uma injustiça, já que não se pode chegar à descoberta da verdade entre duas afirmações contraditórias, se a uma e a outra parte não se concede igual faculdade de apresentar provas que corroborem a própria afirmação. É por isso que vigora no processo de tipo acusatório, como decorrência do princípio do contraditório a igualdade processual.

É um princípio indispensável em qualquer instrução criminal, todavia, não se aplica ao inquérito policial, visto que, em sentido estrito, o inquérito policial não se trata de “instrução”, mas sim de uma colheita de elementos que possibilitem a instrução do processo criminal. Além do mais, o texto da Constituição fala em

litigantes, e na fase de investigação policial, na fase preparatória não há litigante, deste modo ela assegura o contraditório apenas na “instrução criminal” e ainda, o Código de Processo Penal esta fase de instrução criminal (artigo 394º a 405º) da fase do inquérito policial (artigos 4º a 23º), como é o que ocorre na maioria das legislações modernas.

Em se tratando de privação da liberdade dos indiciados em inquérito policial, como nos casos de flagrante delito, prisão temporária ou prisão preventiva, para esses casos, de acordo com Tourinho Filho (199, 47-48):

[...] sempre se admitiu o emprego do remédio heróico do *habeas corpus*. Nesse sentido, e apenas nesse sentido, é que se pode dizer que a ampla defesa abrange o indiciado. O que não se concebe é a permissão do contraditório naquela fase informativa que antecede a instauração do processo criminal, pois não há ali nenhuma acusação.

Trata-se de uma ampla defesa que o indiciado no inquérito policial tem (*habeas corpus*) sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção. Além do mais, o Estatuto da Advocacia dá ao advogado o direito de examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à Autoridade, podendo copiar peças e assim tomar apontamentos.

Quando da realização da perícia na investigação policial, Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 49) defende que deveria se permitir à Defesa, se o requeresse, o direito de formular quesitos, “uma vez que a perícia em qualquer fase do procedimento penal é sempre ato instrutório”. E, além disso, muitas vezes é impossível a renovação do exame pericial na fase processual.

Diga-se o mesmo quando se tratar de eventual prova *ad perpetuam rei memoriam*, como, por exemplo, tomada do depoimento de uma das pessoas acometida de doença grave que previsivelmente a impeça de ser ouvida na fase instrutória, à maneira do que se dá com o artigo 271º do Código de Processo Penal português. (TOURINHO FILHO, 1999, p. 48). Assim, para Tourinho a redação do artigo 14 do Código de Processo Penal brasileiro que dispõe: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”, deveria ter a seguinte redação:

Conferindo-se ao indiciado ou ofendido o direito de requerer diligência dês que necessária, devendo a Autoridade Policial, na hipótese de indeferimento, fazê-lo em despacho fundamentado, dando-se recurso ao seu superior hierárquico. O que passar daí será liberdade injustificável.

Por fim, conclui-se que no Direito brasileiro, apenas na fase pré-processual penal, ou seja, no inquérito policial é que não existe a igualdade processual. Pois se tal existisse a Policia Judiciária enfrentaria obstáculos maiores ainda na colheita de provas, por razões que nos parecem óbvias.

2.5.10 Princípio da iniciativa das partes (*ne procedat judex ex officio* ou *nemo judex sine actore*)

Por esse princípio cabe a parte interessada invocar a tutela jurisdicional-penal do Estado através de seu direito de ação. O juiz não pode dar início ao processo sem a provocação da parte. Tal princípio “vem cristalizado no velho aforismo *nemo judex sine actore* ou *ne procedat judex ex officio*: não há Juiz sem autor, ou: o Juiz não pode proceder, não pode dar início ao processo, sem a provocação da parte”.*TOURINHO FILHO, 1999, p. 49).

Francesco Carnelutti (1957, p. 14) ensina que:

Caso o juiz pudesse iniciar a ação penal, o juiz estaria solicitando uma providência a si mesmo, e assim existiria uma jurisdição sem ação, como se tem no processo tipo inquisitório. E acrescenta: por não admitir esta verdade, simples e óbvia, o Código (italiano) se atou na absurda concepção de uma ação que compete ao juiz no lugar da parte, ou seja, de uma ação que se identifica com a jurisdição, ou, ao menos, que se transforma em jurisdição, o que é um verdadeiro absurdo de lógica processual.

Cabe ao Ministério Público, por ser representante do Estado-Administração, promover privativamente a ação penal pública, conforme estabelece o artigo 129 inciso I da Constituição e o artigo 24 do Código de Processo Penal. O membro do

Ministério Público leva o fato ao conhecimento do Estado-Juiz e pedi-lhe a aplicação da *sanctio júris* àquele que violou a lei penal. Já em se tratando de alçada privada, cabe ao ofendido ou a quem o legalmente o represente, o idêntico direito de ação penal privada, inclusive a subsidiária da pública, assim dispõem os artigos 29 e 30 do Código de Processo Penal e artigo 5º inciso LIX da Constituição.

Quando um membro do Ministério Público requer o arquivamento de um inquérito policial ou peças de informação quando, por exemplo, entende que o fato não constitui crime sequer em tese, e o juiz não acolhe sua fundamentação para o arquivamento, o máximo que o juiz poderá fazer será remeter esse inquérito ou peças de informação ao Procurador Geral de Justiça, que por sua vez é o Chefe do Ministério Público, o qual dê a última palavra sobre o assunto, seja ele mesmo propondo a ação, ou designará outro órgão do Ministério Público a oferecer a denúncia, e este por sua vez estará obrigado a oferecê-la, ou pode optar pelo arquivamento, e aí, o juiz nada poderá fazer estando obrigado a atender, conforme o disposto no artigo 28º do Código de Processo Penal.

Nas palavras de Mirabete (2004, p. 49):

Desse princípio, decorre como consequência que o juiz, ao decidir a causa, deve cingir-se aos limites do pedido dos autos (Ministério Público ou ofendido) e das exceções deduzidas pela outra parte (réu), não julgando sobre o que não foi solicitado pelo autor (*ne eat iudex ultra petita partium*). O julgamento *ultra petita* viola o princípio citado.

Ainda, de acordo com Fernando Capez (p. 31-32):

Com base neste princípio, alguns tribunais tem sustentado a insubsistência do recurso *ex officio*, previsto nos artigos 574º incisos I e II, e artigo 746º ambos do Código de Processo Penal. O princípio é decorrência da adoção, pelo direito processual brasileiro, do sistema do processo acusatório.

Sobre o dilema Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 50), ensina que:

Como o nosso Processo Penal não é um Processo *Acusatório* ortodoxo, isto é, fiel aos seus princípios, o procedimento *ex officio* não se extinguiu de todo... Tanto é verdade que o Juiz pode conceder *habeas corpus* de ofício (e o *habeas corpus* é uma verdadeira ação penal popular), decretar, sem provocação de quem quer que seja, prisão preventiva (e a prisão

preventiva é ação cautelar), requisitar inquérito, ser destinatário da representação e determinar a produção de provas, na dicção do artigo 156º do Código de Processo Penal.

2.5.11 *Ne eat iudex ultra petita partium*

A partir do momento que é iniciada a ação penal, são fixados contornos da *res in iudicio deducta* (coisa deduzida a juízo) e o juiz deve se pronunciar somente sobre aquilo que lhe foi pedido. Assim, “o que efetivamente vincula o juiz criminal, definindo a extensão do provimento jurisdicional, são os fatos submetidos a sua apreciação”.(CAPEZ, p. 32).

A propósito ensina Giovanni Leone (1961, p. 129) que: “o que efetivamente vincula o juiz, isto é, o que delimita o campo do seu poder de decisão, não é a demanda ou o requerimento de condenação e, sim, a determinação do fato submetido à indagação do juiz”. Desse ensinamento podemos abstrair o seguinte exemplo: na denúncia o promotor imputa ao réu o crime de furto, e após a instrução probatória, ao final, se apura que ele cometeu um crime totalmente diverso do furto como, por exemplo, o estupro. Não pode o juiz condená-lo pelo estupro, porque não foi esse o pedido do promotor, e muito menos poderá ser condenado por furto, pois este não ocorreu.

De outro modo, se o promotor na denúncia descreve um crime de tentativa de estupro, mas ao classificá-lo, o faz como sendo atentado violento ao pudor, pode o juiz proferir a condenação pela tentativa de estupro, trata-se da *Emendatio libelli*, que vem prevista no artigo 383º do Código de Processo Penal, que por sua vez tem a seguinte redação: “O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denuncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

Contudo, se o promotor descreve um fato na denúncia, e, no curso da instrução criminal, apura-se ter ocorrido de forma diversa da descrita na inicial, caberá ao juiz proceder nos termos do artigo 384º do Código de Processo Penal, e

mesmo assim não ocorrerá o julgamento *ultra* ou *extra petita*, trata-se da *mutatio libelli*.

Essas hipóteses previstas nos artigos 383º e 384º do Código de Processo Penal decorrem do princípio de que o juiz conhece o direito – *jura novit cria* - “*narra mihi factum dabo tibi ju*”, bastando as partes narrarem-lhe o fato.

Já nos casos dos processos de competência do Tribunal do Júri, parece que o Código de Processo Penal adotou um caso único de julgamento *ultra petitem* conforme dispõe o artigo 408º em seu § 4º: “O juiz não ficará adstrito à classificação do crime feita na denúncia ou queixa, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no artigo 410º e seu § único”.

Há no que tange aos processos de crimes de competência do Tribunal do Júri uma grande divergência quanto à sentença do juiz pronunciante, e essa extensiva e complexa divergência não nos interessa, levando em consideração o tema abordado no trabalho.

2.5.12 Princípio da identidade física do juiz

Consiste na vinculação do juiz aos processos cuja instrução acompanhou. Não há no Código de Processo Penal, nem em nenhuma lei processual penal extravagante, regra que estabeleça esse princípio, logo “no processo penal brasileiro não vigora o princípio da identidade física do juiz.” (BONFIM, p. 10). E, até mesmo, parece ocorrer o contrário. Pois é muito comum um juiz receber a denúncia, e outro juiz interrogar o réu, as testemunhas serem ouvidas por outro juiz, e ainda outro juiz sentenciá-lo.

Fernando Capez (p. 32), assim como a unanimidade da doutrina também entende que este princípio não vigora no processo penal, porém faz uma ressalva “no que diz respeito ao júri popular, no qual os mesmos jurados que presenciam a produção da prova testemunhal e assistem aos debates devem julgar os fatos”.

2.5.13 Princípio do devido processo legal

Embora antes da Constituição de 1988 não havia disposição legal expressa, o princípio do devido processo legal – *due process of law* – sempre foi aplicado, observado no Direito brasileiro. A partir de 1988, com o advento da Constituição, o presente princípio foi elevado a dogma Constitucional, sendo previsto no artigo 5º inciso LIV com a seguinte redação: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Enrico Redenti (1949, p. 31) ensina que o presente princípio se resume em se assegurar à pessoa a defesa em juízo, ou “em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei.”

Em face do presente princípio, já houve quem dissesse que ele dificultaria a decretação da prisão preventiva, porém sem razão. Como vemos hoje as prisões preventivas continuarão, desde que sendo observadas as formalidades, prescrições legais.

Também nesse sentido, Eduardo J. Couture (1951, p. 45) ensina que: “Em última análise, o *due process of law* consiste no direito de não ser privado da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei.”

Nas palavras de Capez (p. 33), o princípio do devido processo legal...

...deve ser obedecido não apenas em processos judiciais, civis e criminais, mas também em procedimentos administrativos, inclusive militares (nesse sentido: STF, 2ª T., AgRg em AgI, rel. Min. Marco Aurélio, DJU, Séc. I, 5 fev. 1993, p. 849; STJ, 5ª T., rel. Min. Jesus Costa Lima, *RSTJ*, 8/55), e até nos procedimentos administrativos do Estatuto da Criança e do Adolescente (STJ, cf. *RSTJ*, 10/674 e 447).

2.5.14 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Não havia no Brasil antes da Constituição de 1988 nenhuma norma que impedisse de se produzir em juízo prova que fosse obtida através de transgressão a normas de direito material. Existia apenas a previsão do artigo 233 do Código de Processo Penal prevendo que “as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”. A partir de 1988 não são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, conforme prevê a Constituição em seu artigo 5º inciso LVI. Essas provas constituídas por meios ilícitos constituem espécie das chamadas provas vedadas.

A prova vedada “é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica, e essa vedação pode ser imposta por norma de direito material ou processual. Assim conforme a natureza desta, a prova poderá ser catalogada como ilícita ou ilegítima, respectivamente”.

Pode ser entendido como provas ilícitas àquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de um ato ilícito penal, civil ou administrativo, como por exemplo, a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite. Já as provas ilegítimas são aquelas produzidas com a violação a regras de natureza meramente processual, como por exemplo, o depoimento prestado com violação à regra proibitiva que prevê o sigilo profissional (artigo 207 do Código de Processo Penal).

Quando a Constituição fala que são inadmissíveis todas as “provas obtidas por meios ilícitos”, está proibindo tanto a prova ilícita como a prova ilegítima.

Ao prever esse dispositivo na Constituição, o legislador optou pelo respeito à dignidade da pessoa humana e aquela série mínima de liberdades e garantias espalhadas no nosso ordenamento jurídico, ao invés do interesse estatal quanto à repressão, pois a eficácia da persecução penal precisava encontrar um limite no respeito das garantias individuais. Assim, conforme ensina Giuseppe Bettiol (1973, P. 251), “a liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, deve ser tida como inviolável por qualquer Constituição democrática.”

Ao cuidar das conversas telefônicas, a Constituição proclamou que elas não podem ser interceptadas, salvo, como estabelece o artigo 5º inciso XII por “ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Assim, como podemos ver não se trata de um preceito que pode-se utilizar a qualquer momento, mas que sim, está subordinado ao que prescreve a lei ordinária, vinculada às hipóteses e a forma em que será lícito ao juiz autorizar a interceptação.

Somente após quase oito anos adveio a Lei 9.296 de 24 de Julho de 1996 prevendo as condições para que o juiz possa autorizar a interceptação telefônica seja ela de qualquer natureza, para prova em investigação criminal ou em instrução processual penal. As condições são as seguintes:

- a) quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;
- b) a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis;
- c) se a infração for punida com reclusão. Assim que preenchidos esses requisitos, o juiz de ofício, ou a requerimento da Autoridade Policial, na fase do inquérito, ou a requerimento do Ministério Público, duas etapas da persecução (Inquérito e Instrução), em decisão fundamentada, pode determinar a interceptação, que ficara aos cuidados da Autoridade Policial.

Sobre essa Lei, Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 49) entende que, sem embargo dessa Lei, parece que se deve respeitar o critério da proporcionalidade do direito tedesco, tão bem expresso na Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo, segundo a qual “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”. Na verdade “se a proibição da admissão das provas ilícitas esta no capítulo destinados aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o principio visa resguardar o réu.

É que nos pratos afilados da balança estão dois interesses em jogo: a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, e entre os dois, obviamente, deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do principio do *favor libertatis* (TOURINHO FILHO, 1999, p. 59). Assim, se compararmos os valores a “respeto a las garantias individuales por un lado, y el interés de la sociedad en

que los delitos sean investigados por outro, debe acordarse primacía a los primeros por tratarse de dictados de la Ley Suprema.”.(D. CARRIO, 1997, p. 154)

Há de se falar ainda das chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmo lícitas, mas que foram produzidas de outra ilegalmente obtida, como, por exemplo, a confissão obtida mediante a tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a regular apreensão. A proibição não alcança apenas as provas ilícitas propriamente ditas, como as ilícitas por derivação. Nos Estados Unidos da América é conhecida como “fruits of the poisonous tree” - frutos da árvore envenenada – assim também reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, a partir da decisão no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920.

Mais contemporaneamente, a Suprema Corte norte-americana vem invertendo essa antiga tendência, e já está admitindo em algumas hipóteses extremas, até mesmo prova resultante de confissão. Já no Brasil, alguns doutrinadores sustentam que a ilicitude da prova se transmite a tudo o que dela advier, sendo inadmissíveis as provas ilícitas por derivação, dentro do nosso sistema constitucional: “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo.” (GRINOVER, 1987, p. 896).

A posição atual e majoritária do Supremo Tribunal Federal é pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, apesar de antes de tomar essa posição proferiu diversos outros julgamentos sendo favorável à admissão das provas obtidas por meio ilícitos, assim de acordo com cada caso concreto, como por exemplo, o HC 69.912-0-RS, *DJ*, 26 nov. 1993). Essa mudança de posicionamento da Suprema Corte se deu em razão da mudança de seus ministros que o compõem.

Fernando Capez entende não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Pois, em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Desse modo:

[...] surgindo um conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado. (CANOTILHO, 2003, p. 646).

Nesse contexto ensina o constitucionalista J. J. Gomes Canotilho (2003, -, 657) dispõe que:

De um modo geral, considera-se inexistir uma colisão de direito fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular” continuando o autor: “os direitos fundamentais não estão sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos pela Constituição ou com mais restrições do que os direitos restringidos pela Constituição ou com autorização dela (através de lei).

Podemos concluir que o direito a liberdade (no caso da defesa) e o direito a segurança, a proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade, como nos casos das interceptações e das gravações clandestinas, e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas.

Neste caso entra o princípio da proporcionalidade, visto que, por ele não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais, pois no caso de princípio constitucionais contrastantes o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.

2.5.15 Princípio da Inocência (ou presunção de inocência ou estado de inocência)

O princípio da inocência vem consagrado no artigo 5º inciso LVII da Constituição onde dispõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em

julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se de “um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre”. Ele nada mais representa do que um coroamento do *due process of law*. Edílson Mougenot Bonfim (1997, p. 7) ensina que esse princípio

...também é conhecido como *principio da presunção da não-culpabilidade*, impõe a acusação o ônus de provar a culpa do acusado, que restará absolvido nos casos em que não for provada a existência do fato, não existir prova de ter concorrido para a prática da infração penal ou não existir prova suficiente para a condenação, conforme artigo 386º incisos II, IV e VI, do Código de Processo Penal.

Fernando Capez (1999, p. 94), ensina que o princípio da presunção de inocência se desdobra em três aspectos:

- a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova;
- b) no momento da avaliação prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida;
- c) no curso do processo penal, com paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência.

Por isso que podemos dizer que decorre do princípio da presunção de inocência a excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão processual, exigível somente quando presentes os requisitos das medidas cautelares, que são: o *fumus boni júris* e o *periculum libertatis*..

2.5.16 Princípio do *favor rei* (ou *in dubio pro reo* ou *favor libertatis*)

Por este princípio, “no conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se quiser assistir ao triunfo da liberdade” (BETIOL, 1973, p. 295). O Código de Processo Penal consagra o princípio da presunção de inocência em varias

disposições, como a regra do artigo 386 inciso VI que impõe absolvição por insuficiência de prova; o artigo 617 que prevê a proibição da *reformatio in pejus*; os recursos que são privativos da Defesa como o protesto por novo júri e os embargos infringentes ou de nulidade conforme prevêem os artigos 607 e 609 § único; já o artigo 621 prevê a revisão criminal como um direito exclusivo do réu, não cabendo assim a revisão pro-societate; e ainda há a regra do artigo 615, § 1º.

Ao lado dessas disposições do Código de Processo Penal, podemos colocar ainda o direito do réu silenciar-se, caso o deseje, assim como preceitua o artigo 5º inciso LXIII da Constituição. E neste caso, não se trata aqui do que vem preceituado na parte final do artigo 186º do Código de Processo Penal que prevê o silêncio do réu poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, mas sim de um direito ao silêncio na sua maior expressão, sem ter como conseqüências estabelecimento de indícios ou presunções, nem a consagração de um suposto ônus da verdade. Assim, segundo Ada Pellegrini Grinover (1997, p. 103), hoje o réu tem o direito, decorrente do princípio do *nemo tenetur se detegere*, de falar ou calar-se, livremente, “de acordo com os ditames de sua consciência, assim inteiramente preservada.”

2.5.17 Princípio do duplo grau de jurisdição

É um princípio extremamente importante para o ordenamento jurídico e o Estado Democrático de Direito. Todos os juizes são pessoas humanas, que por sua vez estão sujeitas a errarem, razão pela qual o Estado criou órgãos jurisdicionais superiores, principalmente para preverem, em grau de recurso, suas decisões. Ele garante às partes o reexame das decisões proferidas em jurisdição inferior pelos órgãos jurisdicionais superiores, abrangendo tanto as questões de fato quanto às questões de direito, alcançando assim as sentenças e as decisões interlocutórias.

Embora a Constituição não preveja expressamente o duplo grau de jurisdição, o que se deduz do nosso ordenamento jurídico é que ele é uma realidade incontestável, e isso sempre foi assim. Parte da doutrina sustenta que a

Constituição quando organizou o Poder Judiciário em instâncias, consagrou esse princípio, ainda que implicitamente. Podemos deduzir isso a partir do artigo 92º ao prever os Tribunais e Juizes Federais, Tribunais e Juizes Eleitorais.

Há ainda o artigo 93, inciso III que faz alusão ao “acesso aos tribunais de segundo grau”, demonstrando assim que há órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo grau e o artigo 108, inciso II que diz competir aos Tribunais Regionais Federais julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. Logo, compete aos Tribunais estaduais julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes estaduais no exercício de sua competência própria.

Além de tudo isso a Constituição prevê ainda em seu artigo 5º, § 2º que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Sabendo que o Brasil, através do Decreto nº 678 de 11 de Junho de 1992, fez o depósito da Carta de Adesão ao ato internacional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – “Pacto de São José da Costa Rica” – e que este prevê em seu artigo 8º, inciso II que “durante o processo toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma série de garantias mínimas, dentre estas a de recorrer da sentença para Juiz ou Tribunal Superior”.

Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 52), entende que “o duplo grau de jurisdição é garantia constitucional, na dicção do artigo 8º, inciso II, letra *h*, do Pacto de São José da Costa Rica, combinado com o §2º do artigo 5º da Constituição”.

3. CRÍTICAS CONCLUSIVAS AO TRIBUNAL DO JÚRI

3.1 Inexiste hoje a Finalidade da Época para o qual foi Criado

Como já salientado, quando se fala em período histórico em que foi criado o júri, não se pode fixar, apontar uma época exata, pois estas são diversas, assim como os motivos ensejadores de seu surgimento. Destarte, uns apontam como sendo motivo ensejador da criação do Júri a forma de Estado, pois em todas possíveis épocas o poder de Estado era centrado apenas em um, outros apontam como sendo uma forma de democratizar o Poder Judiciário, dando a sociedade a possibilidade de participar em julgamentos.

Outros como Firmino Witaker (1994, p. 05) aponta como origem às primeiras épocas da humanidade, e como motivo ensejador a ausência de leis positivas e de autoridades permanentes, logo quando levantado uma dúvida nessas tribus errantes, a decisão era proferida pelos pares dos contentores (infratores). Já para Heráclito Antônio Mossin (1999, p. 180) o Júri foi criado em substituição aos antigos sistemas das ordálias e dos juízos de Deus, onde era apurada a culpa ou inocência do acusado mediante o resultado de provas sacrificantes e desumanas a que era submetido. Se culpado seria submetido a uma pena que, tanto na época, como hoje, eram excessivamente graves, como as mortes, o degredo, a galés, etc. Logo, nesta época seria uma vantagem para o réu ser julgado pelos seus pares.

Podemos concluir que esses motivos ensejadores, atualmente não existem mais. O que vemos hoje é que, existe um Estado democrático de direito, os Poderes são independentes e autônomos entre si, tudo garantido constitucionalmente. Quanto à participação do povo no Poder Judiciário, não é que essa não deva existir, mas que exista de uma forma que venha a trazer uma vantagem, seja para o titular do direito, seja para a sociedade.

Podemos citar neste contexto o ensinamento de E. Magalhães Noronha (p. 239):

Tem o júri sido objeto de severas críticas e, força é dizê-lo, quase todas procedentes. Primeiramente, diga-se que não se compreende essa instituição nos dias de em que vivemos. Em outras eras, em que o juiz se curvava submisso ante o despotismo dos monarcas absolutistas, compreendia-se, talvez, sua necessidade. Mas hoje, em que o Judiciário está provido de garantias que o põem a salvo de interferências de outro Poder, não se compreende a necessidade desse tribunal. Agora é ele, em regra que se curva submisso aos ultimatoss da política dominante, dos políticos e dos régulos nas comarcas do interior.

Não se pode dizer que existe democracia pela simples participação do povo no Judiciário, pode-se dizer que é uma forma de democracia, porém nem um pouco vantajosa. Nesse contexto, ensina Giuseppe Latanzi (1952, p. 04) que o problema do Júri não é mais um problema político, pois a história contemporânea e recente demonstra a possibilidade de subserviência dos jurados ao poder político. “Não é o Júri que tutela a liberdade dos cidadãos, e sim o regímen democrático.”

Há leis positivadas, e apenas com base nessa é que se pode ser executada a pena ao já condenado criminalmente, há ainda princípios constitucionais que garantem segurança nesse sentido como a da impossibilidade da aplicação de uma pena sem lei anterior que a defina. Há autoridades permanentes, e além do mais com garantias para poder agir sem medo, sem apegos, defendendo o interesse da sociedade, que são as precípuas funções. As possíveis penas a serem aplicadas aos eventuais infratores não são mais desumanas ou graves como as de antigamente, a própria Constituição dá proteção nesse sentido.

Não deve existir tal medo que a doutrina tem de que se extinguir o Júri estará se diminuindo a liberdade ou democracia, pois como já dito não é o Júri que tutela a liberdade, mas sim o regime democrático. E como sabemos todo o poder emana do povo conforme prevê o § único do artigo 1º da Constituição, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da mesma. Tal dispositivo trata do poder originário (dentre outros), ou seja, o poder que o povo tem de outorgar uma nova constituição, seja através de uma Assembléia Legislativa Constituinte, seja por um Movimento Revolucionário.

Neste caso específico e concreto não deveria existir a participação popular, pois traz uma desvantagem para ele próprio titular do direito ser julgado por leigos, pois na maioria dos casos culminam em conseqüentes julgamentos injustos, desrespeitando o direito material previsto para aquele dado caso concreto, seja ele tipificando um crime, atenuando ou qualificando a pena, ou excluindo a culpabilidade ou punibilidade do possível infrator.

Isto porque o Jurado no Júri brasileiro julga o todo, quer dizer, tanto se o fato ocorreu ou não assim como suas atenuantes e agravantes. Não pode assim ser considerado como uma cláusula pétrea, pois essa deve trazer uma vantagem ao titular do direito, e essa vantagem deve ser igual para o coletivo, e não para casos aleatórios.

Logo também não pode ser considerado como um direito subjetivo público, pois não traz uma igualdade nos julgamentos para toda a coletividade titular deste direito, visto que beneficiam os que podem pagar os advogados mais experientes em Júri, e prejudicam os que não podem fazer o mesmo. Assim, os primeiros obviamente obterão os melhores resultados, já os segundos não é possível dizer o mesmo.

3.2. A Arbitrariedade das Decisões do Conselho de Sentença e Conseqüentes Injustiças Cometidas pelo Jurado Leigo

A partir do momento em que se é julgado por jurados leigos, abre-se às portas para a arbitrariedade. O direito material que tipifica fatos como antijurídicos, é estudado pelo operador do direito por anos, e ainda há toda uma divisão didática de estudos, desde a parte geral do Código Penal, que contém o ensinamento de como aplicar o direito material, até a parte especial, que tipifica os crimes, não só limitando-se aos crimes tipificados no Código Penal, mas em toda legislação penal esparsa.

Para que esse direito material seja aplicado há um processo, que prevê um procedimento específico para cada espécie de crime, assim estabelece o Código de Processo Penal. Vale dizer que não só se limita ao Código Penal e Processo Penal quanto à tipificação de crimes e previsão de procedimentos, existindo-os também em leis *híbridas*, que por sua vez prevêem não só direito material como o procedimento a ser seguido, a exemplo da lei de tóxicos.

No que tange ao Tribunal do Júri tal procedimento é muito mais formalístico e complexo que os demais procedimentos, tamanha a preocupação do legislador, porém a meu ver toda em vão, pois esse procedimento moroso, extremamente formalista e complexo, por fim acaba deixando para que um leigo julgue em apenas algumas horas.

Louvável ainda dizer que o jurado tem apenas algumas horas para conhecer o processo, ou seja, as partes, as provas, os fatos, enfim os elementos que instruem os autos, sendo que para ser instruído o mesmo demorou anos. É claro que é impossível os jurados conhecerem a instrução do processo em apenas algumas horas, e decidirem em cima disso, chega a ponto de ser ridículo.

Muitas vezes não são observadas pelos jurados, provas importantes e que influenciam na decisão final, havendo de certo modo uma violação a plena defesa prevista para o Júri. Aliás, como poderá ser plena a defesa em plenário sendo que as partes têm apenas algumas horas para se defenderem e acusarem, diante de um extenso e complexo processo, e que normalmente já vem a anos tramitando.

Muitas vezes a arbitrariedade dessas decisões do Conselho de Sentença decorre da complexidade dos quesitos, elaborado pelo juiz-presidente, acabando assim decidindo enganadamente, neste mesmo sentido pensa Garcez Ramos (1994, p. 284-285), dizendo que “os jurados, diante da complexidade dos quesitos, muitas vezes acabam por decidir enganados, condenando quando querem absolver ou absolvendo quando tencionavam condenar”. (original não grifado).

Não podemos dizer que o jurado decide apenas a matéria de fato e não a de direito, pois a decisão em cima da ocorrência ou não dos fatos com eventuais agravantes ou atenuantes proferidas pelos jurados influenciará diretamente na aplicação do direito. Neste sentido também entende grande parte da doutrina, como E. Magalhães Noronha (p. 239), assim lecionando:

Diz-se que o júri julga de fato. Não é verdade: o fato dificilmente se separa do direito. Nos capítulos anteriores dizíamos que a sentença – e o veredicto do júri não o deixa de ser, pois condena ou absolve – é um silogismo em que a premissa maior é a regra geral, a norma ou o direito; e a menor, o fato; e delas resultando a conclusão, mostrando-se, conseqüentemente, a íntima relação entre o fato e a matéria jurídica. Como pode p. ex. apreciar um jurado em toda extensão o que seja a coação irresistível ou estrita obediência hierárquica, se os próprios juristas discutem a sua natureza: se é causa excludente da culpa e da antijuricidade? A propósito, lembramo-nos de certo julgamento de um homem que havia assassinado a amásia e que foi absolvido por ... coação irresistível do amor. Oficiando, como Procurador da Justiça, demos nosso parecer, dizendo que, como a lei diz que na coação irresistível o réu é quem coage, devíamos condenar, então, Eros ou Cupido... Aliás, entre nós, é vastíssimo o anedotário do júri.

Na verdade é que com o progresso do direito penal e do processo penal e considerando-se a realidade da Justiça hodierna, não se compreende bem que se conserve esse juiz de fato. A justiça penal é de grande importância, e exige muito conhecimento, e cada vez mais especializado, e o jurado com certeza não o tem, conforme ensina Luiz J. Asúia (p. 101): “Ministrar justiça penal é hoje tarefa muito delicada e difícil, que exige um mínimo cada vez maior de conhecimentos. O juiz leigo fica sem papel na Justiça criminal de hoje”.

3.3 Falta de Pares do Réu com o Conselho de Sentença

A previsão inicial do Júri era de o réu ser julgado pelos seus Pares. Ser julgado pelos seus pares quer dizer, ser julgado pelos mesmos membros que compõem a sociedade em que vive o réu, ou seja, por pessoas iguais a ele, de mesma condição social do réu. Não é o que acontece nos Plenários do Júri pelo Brasil, uma vez que os réus do Júri, quase em sua maioria são pessoas pobres, de baixo nível social, e os jurados que compõem o conselho de sentença não assim o pareiam, sendo que normalmente trata-se de pessoas de nível social acima do réu, possuem maiores graus de educação e conseqüentemente mais aculturadas, não fazendo assim pares com o réu.

Assim também se manifesta Walter Ceneviva (1991, p. 53), em suas críticas ao Júri: “em reiteradas ocasiões tenho manifestado vigorosa oposição à manutenção do tribunal do júri. Elitista na origem, falso na premissa de julgamento do delinqüente pelos seus iguais...” (original não grifado).

Neste contexto, podemos ainda colocar como lição o ensinamento do sociólogo contemporâneo Sérgio Adorno (1994, p. 320), que estuda a violência, sob a violação do Princípio da Igualdade Formal na justiça penal e os equívocos de nossas instâncias oficiais no que se refere a punir os supostos delinqüentes devido ao etiquetamento, assim ele diz:

A criação judiciária contém igualmente um peso não desprezível de incontestáveis preconceitos. Conversas informais com promotores públicos e magistrados permitem identificar três dessas teorias: a dos três pés, a do MIB e a da nordestinidade. Pela primeira, réus são preferencialmente recrutados entre pobres, pretos e prostitutas. Pela segunda, o que leva as pessoas a delinqüir são a miséria, a ignorância e a bebida. Pela terceira, os réus e vítimas são infelizes migrantes nordestinos que não conseguem se adaptar aos padrões civilizatórios da metrópole.

3.4 Violação do Duplo Grau de Jurisdição e da Falta de Motivação das Decisões

O duplo grau de jurisdição e a falta de motivação já foram estudados no presente trabalho, no capítulo três, que tratam dos princípios e garantias que asseguram um processo e julgamento justo a ambas as partes do processo penal, onde podem ser estudados mais detalhadamente.

As decisões do Tribunal do Júri são suscetíveis de recurso, porém as decisões emanadas em cima dos recursos não poderão alterar, modificar, extinguir a decisão dada pelo Conselho de Sentença, visto que é dada soberania a essas decisões. Logo não há o duplo grau de jurisdição, pois este consiste na análise da matéria de fato e de direito, e no caso dos recursos possíveis em cima das decisões do Conselho de Sentença, só é analisado a matéria de direito, e não a matéria de fato. Assim se pudéssemos considerar como recurso apenas a análise da matéria de direito, poderíamos dizer que no Brasil não existem apenas dois graus de jurisdição,

mais sim três, pois as matérias que chegam aos Superiores Tribunais, sejam eles o S.T.F ou o S.T.J são apenas matérias de direito, pois não analisam matéria de fato.

Um exemplo que pode ser dado é o protesto por novo júri, onde o Tribunal de Justiça dirá se ocorrerá ou não outro julgamento pelo Conselho de Sentença, e não se manifesta sobre a matéria de direito, sobre a decisão emanada pelo julgamento. Logo o réu será julgado novamente pelo Tribunal do Júri, com outros jurados que irão compor o Conselho de Sentença. Observe-se aqui que a decisão continuou no mesmo grau, pois o tribunal decidiu apenas que haverá outro julgamento pelo Júri, e não se manifestou sobre a matéria, e assim será para com todos os possíveis recursos contra a decisão do Conselho de Sentença.

Assim é, pois caso contrário estaria ocorrendo violação da soberania dos veredictos, uma vez que não é permitido recurso que venha a modificar a decisão dada pelos jurados ao fato concreto, soberania esta que é prevista constitucionalmente.

Pode-se concluir que, ao juiz togado que tem o conhecimento técnico do direito por excelência e que tem às suas costas uma vasta garantia para que possa julgar não é dada tal vantagem, uma vez que sua decisão não é soberana, e isto é o correto, toda decisão ser suscetível de recurso. Isso faz parte do estado democrático de direito e do não autoritarismo ditatorial. É possível então dizermos que a soberania das decisões do Conselho de Sentença vai contra o estado democrático de direito, tornando-se assim ditatorial, desvirtuando até mesmo sua fama de instituição democrática. (grifo nosso)

E. Magalhães Noronha (p. 241-242) entende que, “em matéria de Justiça Criminal, não pode haver decisão intangível. Seria verdadeiramente monstruoso que uma decisão, fosse lá qual fosse, permanecesse intocável quando provas da inocência do condenado viessem demonstrar o erro cometido”. (grifo nosso).

O mesmo pode ser dito em relação à falta de fundamentação de suas decisões, a própria Constituição prevê em seu artigo 93 inciso IX, que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, e prevê ainda como sanção de nulidade para a decisão que não for fundamentada.

Sendo o Tribunal do Júri um instituto que compõe a estrutura do Poder Judiciário deveria fundamentar suas decisões, sendo que isso não ocorre. Neste

contexto ensina Walter Fanganiello Maierovitch (1997. p. 03) que, os jurados “sem apresentar razões geradoras do convencimento, pode, secretamente, condenar e absolver réus acusados de crimes dolosos contra a vida. Em outras palavras, o imputado e a sociedade ficam sem saber dos motivos inspiradores dos veredictos, quer sejam absolutórios, quer sejam condenatórios. Os jurados leigos podem, também, desclassificar os crimes, sempre sem dar satisfações. Trata-se evidentemente, da consagração do arbítrio, colocando o Tribunal do Júri em oposição ao regime democrático”. (grifo nosso).

3.5 Teatro em Plenário

Podemos dizer, observando um julgamento no Tribunal do Júri, que o que levará o Conselho de Sentença a decidir a favor da acusação ou defesa, não será em razão daquele que tiver o melhor direito esculpido nos autos, mas sim daquele que melhor souber expor em plenário, melhor argumentar, interpretar, ter melhor oratória.

Conforme ensina Luiza Nagib Eluf (2003, p. 16):

Há decisões estapafúrdias que só ocorrem em julgamentos de crimes de competência do Júri. A atuação dos profissionais da acusação e da defesa conta muito no convencimento dos jurados, que, às vezes, decidem levados pela eloquência de um ou de outro. Não raro, sentenças que contrariam as provas dos autos são anuladas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e novos júris têm de ser realizados para julgar a mesma pessoa, pelo mesmo crime.

Logo, aquele com mais experiência e poder de persuasão obterá um melhor resultado para a sua pretensão, pois convencerá muito mais o conselho de sentença, mesmo que não tenha o melhor direito.

O membro do Ministério Público faz às vezes da acusação, e é o que normalmente está mais preparado. Muitos promotores trazem em si, a sina de

sempre pedir a condenação do réu, mesmo que pelas provas se demonstre a sua inocência, ou até mesmo circunstâncias atenuante que ocorreram não o pedem, e quando muitas vezes não há agravantes, a pedem. A função do promotor é fazer justiça, mesmo sendo a parte acusadora, não está obrigado a pedir a condenação. Assim, caso vislumbre provas nos autos que inocentem o réu deverá pedir a sua absolvição, assim como na falta de indícios da autoria, pois na dúvida o réu deve ser absolvido.

Além de representar a sociedade, ou seja, é aquele quem vai defender não só a família da vítima, mas também todo o povo do pretense criminoso, tendo como objetivo tira-lo de circulação, na tentativa de restabelecer a paz e a segurança social. Isso tudo traz uma vantagem ao promotor, atraindo a simpatia dos jurados, e por ser um homem do estado, maior credibilidade.

Já em relação ao advogado de defesa não se pode dizer o mesmo, pois está a defender um eventual criminoso. E ainda acima de tudo, os leigos de um modo em geral, confundem a defesa de direitos do autor do crime, como se a defesa estivesse defendendo o crime propriamente dito, esquecendo assim que a ampla defesa, ou no caso do Júri a plena defesa também é um direito constitucional.

Com exceção do advogado especialista em julgamentos no Tribunal do Júri – e este tem um custo oneroso, sabendo que em sua maioria os réus do Júri são pobres - podemos dizer que o advogado do réu sempre sai em desvantagem em relação ao promotor, pois este atua mais constantemente nesses julgamentos, ao contrário do defensor, salvo a exceção do réu que pode pagar um experiente advogado em Júri.

Assim também entende Walter Ceneviva (p. 18) “com benefício estatístico absolutório para os que podem defender-se, e destino menos feliz para os desprovidos de meios, que só teria justificação ética se estendida, pelo menos, a todos os procedimentos penais.” (grifo nosso)

Sendo o réu pobre, o juiz irá nomear um Defensor dativo, que normalmente não tem preparo, tão pouco experiência, para atuar no caso, podendo assim fazer falácias na tentativa de convencer os jurados, não estando preso a nenhuma regra. Neste contexto, também é válido o ensinamento de Nelson Hungria, citado por Kátia Duarte de Castro (1999, p. 61). dizendo que:

...dependendo da maior ou menor impressão causada pelos “golpes teatrais” dos advogados de defesa, acarretando a insegurança e o descrédito da justiça penal e afrouxando a política pela ameaça da pena; com a sua alarmante parcialidade em favor dos chamados “passionais”; com a sua fácil permeabilidade a interesse e paixões de caráter espúrio, o júri representa uma instituição irremissivelmente falida. (grifo nosso).

3.6 Influência da Mídia nas Decisões dos Jurados

Podemos dizer que a mídia influi fortemente nas decisões proferidas pelos jurados, deste modo, acabam decidindo sem imparcialidade e na maioria dos casos injustamente. É preocupante a publicidade prévia do fato criminoso ou dos atos do desenvolvimento processual pelos meios de comunicação, uma vez que o julgamento é feito por juízes leigos, a impressão que a mídia transmite do crime e do criminoso produz maior efeito neles do que as provas trazidas pelas partes na instrução e julgamento em plenário.

O jurado, cidadão da sociedade, é quem está incumbido de julgar o fato e conseqüentemente a culpa ou inocência do acusado, não está sujeito aos princípios e garantias que norteiam um juiz togado, assim:

[...] o jurado é mais permeável à opinião pública, à comoção, que se criou em torno do caso em julgamento, do que os juizes togados e, por sentirem-se pressionados pela campanha criada na imprensa, correm o risco de se afastarem do dever de imparcialidade e acabam julgando de acordo com o que foi difundido na mídia.(VIEIRA, 2003, p. 246).

Neste sentido também fez igual raciocínio exemplificativo o insigne jurista Márcio Tomaz Bastos (2000, p. 23), atualmente Ministro da Justiça, quando textualmente vaticinou: “(...) suponhamos que, no Júri dos supostos assassinos de Daniela Perez, um ou dois mais réus fossem inocentes. Ele, ela, ou eles teriam alguma chance de absolvição depois da operação de ‘linchamento’ montada pela mãe da vítima com o apoio da Rede Globo e de toda a mídia nacional? Claro que a resposta é negativa.”

Como já salientado em capítulos anteriores, no Júri o juiz leigo decide por íntima convicção, sem fundamentar o seu veredicto, bastando que respondam sim ou não aos quesitos formulados pelo juiz-presidente, conforme artigo 493º C.P.P., logo não se obrigam às provas do processo, à verdade obtida na instrução contraditória da sessão plenária, podendo agir com liberdade de consciência ao proferirem seus votos. Já para o juiz togado é a imprescindibilidade de exposição das razões que levaram à decisão é imposta pelo artigo 381º inciso III do Código de Processo Penal.

Mais do que a simples fundamentação, a motivação das decisões é o instrumento de garantia, conforme Luigi Ferrajoli é a “garantia das garantias”, e que, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 272): “se caracteriza como exigência mais ampla de transparência no exercício do poder”.

Não formulou pensamento diferente o mestre Antônio Scarance Fernandes (1999, p. 337) quando relata de forma concisa que “a motivação é o melhor instrumento para aferir se a decisão foi imparcial e justa”.

Destarte, quando da análise probatória, a decisão do magistrado resulta de fatores objetivos, demonstrados através de sua motivação decisória, não podendo assim, conter elementos preconcebidos extra processo ou elementos preconceituosos, de caráter meramente subjetivos, distante de qualquer elemento de convicção que não seja a prova legalmente produzida, sob pena de sua nulidade mais absoluta.

Neste contexto é válido o ensinamento de Guilherme Souza Nucci (2003, p. 1019), que assim assevera:

O julgador que emprega, usualmente, em sua atividade de composição de conflitos opiniões e conceitos formados de antemão, sem maior preocupação com os fatos alegados pelas partes, nem tampouco atentando para o mal de cultivar idéias preconcebidas sobre determinados assuntos, é um juiz preconceituoso e, conseqüentemente, parcial. Não está preparado a desempenhar sua atividade com isenção, devendo buscar consertar seu procedimento, sob pena de se dever afastar da área criminal. (grifo nosso).

Logo, verificamos que a motivação é o termômetro para se medir a justeza e bom senso da decisão, que deverá ser guiada, sempre, pelo ingrediente básico da

imparcialidade do órgão julgante, garantias essas que não encontramos nos julgamentos feitos pelo Tribunal do Júri.

3.7 Existência de Carga Política nas Decisões dos Jurados

Quando se fala em carga política que há por trás de decisões logo podemos vislumbrar a influência na decisão por questões filosóficas, culturais, religiosas, políticas, pressão da sociedade e da mídia em geral, etc, em cima de quem decide. Assim poderíamos concluir que um juiz de direito também estaria sujeito a essa influência, se não fosse as garantias que temos, assim como os jurados que compõem o conselho de sentença estão sujeitos a essa carga política, mas que não se sobre saem da mesma como os juizes togados. E. Magalhães Noronha (p. 24) também assim o entende, dizendo que “influências de toda espécie arrasam a instituição quase sempre.”.

O jurado, ao contrário do juiz togado, se deixará influenciar ao decidir sobre a culpa do réu no Júri, por questões de religião, ou inerentes a sua cultura, ou filosofia de vida, questões políticas, cultural, educacional, etc, essas por sua vez especifica de cada um dos jurados.

Se por um lado podemos afirmar que não existe juiz verdadeiramente imparcial, por outro podemos afirmar que o conjunto de garantias processuais e, sobretudo o julgamento pelo togado, mantém a imparcialidade sobre controle, já em relação ao juiz leigo essa se torna mais tênue, ou como na maioria dos casos não existe.

O juiz de direito, com sua formação jurídica, teve oportunidade de verificar a importância de sua função e de analisar a causa que se lhe apõe a exame sob todos os ângulos. Além do mais é obrigado a cingir-se aos autos e fundamentar sua decisão. Ao contrário dos jurados, que de repente vêm-se lançado em uma função nova e desconhecida, em um universo estranho cuja linguagem desconhece, o que o leva o julgar pelo o que já conhecia *extra-oficialmente* do caso, ou baseado em

provas as quais lança um juízo apressado e por vezes desatento, tolhido que esta pelo cansaço de horas a fio, isso quando não julga impulsionado por interesses próprios.

Tratam-se de pessoas escolhidas ao acaso e que não se encontram com capacidade de julgar, sobre a escolha dos jurados é válido o ensinamento de Aléxis de Tocqueville (p. 179), dizendo que o júri consiste em “um certo número de cidadãos escolhidos pela sorte e revestidos momentaneamente do poder de julgar.” (grifo nosso)

Apesar da vasta garantia que existe para as partes e para o magistrado togado julgar, evitando assim a existência de carga política em suas decisões, se esta ocorrer, serão facilmente corrigíveis, pois são passíveis de recursos, não são soberanas, ao contrário das decisões do Conselho de Sentença. Nesse sentido ensina José Frederico Marques (p. 26) que:

as imperfeições da justiça togada são facilmente corrigíveis. Basta que o legislador se atire ao trabalho de reformar o nosso malsinado processo penal, e em breve muitos dos males existentes hoje desaparecerão. Já com a soberania do Júri o mesmo se não verifica, visto que as suas deficiências são congênicas e constitucionais” (grifo nosso).

Hoje, com a expansão dos meios de comunicação, a situação da carga política e conseqüente imparcialidade nas decisões dos jurados se agravam mais ainda. É difícil um caso de competência do Tribunal do Júri passar despercebido, tanto mais nas cidades pequenas, onde diversas informações são divulgadas ostensivamente, de modo que nem mesmo o desaforamento pode salvar a imparcialidade dos jurados.

Por isso, podemos concluir, conforme ensina E. Magalhães Noronha (p. 240) que o “Júri tem sido instrumento politico-capitalista. Com muitas poucas exceções não há réu que, gozando do bafejo político ou desfrutando de boa posição social, seja condenado por ele. Falamos com a experiência de trinta anos de Ministério Público. Máxime nas comarcas do interior, a influência política é decisiva. Freqüentemente, não é o réu que se julga, mas o Cel. Fulano, o Prefeito Beltrano, o Dr. Sicrano etc.”. (grifo nosso).

É claro que o juiz togado também é atingido por essa carga de informações, porém é uma pessoa suficientemente esclarecida e tecnicamente preparada para reportar-se só aos autos, dos quais não pode fugir, ao contrário dos jurados que compõem o conselho de sentença.

3.8 Desprestígio da Sociedade para com o Júri tanto no Brasil como no Exterior

Em âmbito internacional conforme relata José Frederico Marques (p. 35) “o Júri está em franca decadência, enquanto o *escabinado*, dia-a-dia, adquire maior prestígio e aceitação”, com exceção dos países de língua inglesa. (grifo nosso).

Vemos que em países historicamente adeptos da instituição do Júri foram se voltando para o escabinado, assim se faz necessário saber o que é o escabinado. No escabinado, assim como no Júri há o recrutamento popular, o sorteio e até a divisão do julgamento, porém enquanto no escabinado a responsabilidade do réu é examinada e decidida, em conjunto, pelos juízes leigos e juízes togados, no Júri só o elemento popular decide sobre a existência e autoria do crime. Vale dizer ainda que o julgamento pelos escabinos não segue um modelo único e rígido.

No sistema alemão e norueguês, bem como no francês atual e no assessorado italiano, magistrados e leigos decidem em conjunto, havendo, pois unidade de competência funcional sobre todas as questões do julgamento; no sistema que imperava na Sérvia e Bulgária, juizes e leigos decidiam conjuntamente apenas a questão da culpabilidade, ficando para os magistrados a função de aplicar e graduar a pena.

Na França, desde a Lei de 25 de novembro de 1941, magistrados e juizes leigos (sendo três magistrados e sete juizes leigos) decidem conjuntamente sobre o crime e a aplicação da pena. Na democrática Alemanha de Weimar, a reforma de 1924 transformou em escabinado o Tribunal do Júri (*Schwurgericht*), que assim

passou a funcionar, com este caráter, entre os tribunais da mesma espécie (*Schoffengericht*) já existentes.

3.8.1 A sociedade em sua maioria desconhece o júri e não há interesse em participar

No Brasil, mesmo sendo veemente criticada, a instituição permanece, mesmo com todos os seus defeitos, e ineficácia. O Tribunal do Júri no Brasil trata-se de uma instituição verdadeiramente desconhecida por parte da sociedade. A maioria absoluta desconhece o mesmo, e os poucos que já ouviram falar sobre a instituição, não sabem do que se trata, qual a sua competência de julgamento, a competência dos jurados, a forma de escolha dos jurados, quem pode ser jurados, etc.

Conforme pesquisa elaborada em seu trabalho monográfico, pela graduando em Direito Andréia Souza e Silva (2005, p. 33-34), foram entrevistadas 227 pessoas, de todos os níveis culturais, desde aqueles que apenas concluíram o ensino fundamental aos pós-graduados. Do total de entrevistados 163 pessoas não conhecem o Tribunal do Júri; 157 pessoas não sabem quais os crimes que são levados a julgamento; 191 pessoas disseram que não estão preparadas para julgar outras pessoas; 203 pessoas desconhecem a possibilidade de inscrição voluntária, e apenas 26 gostariam de se alistar voluntariamente, estas mais por curiosidade do que por exercício da função de jurado; 4 pessoas já integraram a lista de jurados e apenas 1 compôs o Conselho de Sentença.

Por esses dados podemos concluir que a maioria da sociedade desconhece o júri, não sabem quais crimes são julgados pelo mesmo e nem quem são os julgadores que dão a decisão final sobre o fato. E quando informadas de quais crimes são julgados e de quem são os julgadores, a maioria absoluta disseram que não estão preparadas para julgar outras pessoas. Por uma simples conclusão podemos dizer que: a maioria da sociedade desconhece o Júri, e não têm interesse em participar, quando científicas do mesmo.

3.9 Nova Era: Especialização dos Julgamentos

Estamos em uma fase de desenvolvimento do direito em que cada vez mais se busca o julgamento especializado. E isso não é apenas uma tendência no direito penal, mas em todos os seguimentos do direito, seja ele civil, tributário, comercial, criminal, etc. Assim, por exemplo, em tempos passados existia apenas uma vara cível, que era responsável por todas as questões cíveis, de direito de família, falências de pessoas físicas ou jurídicas, questões correlatas à criança e ao adolescente, etc. Hoje temos varas especializadas, especializadas em direito da família, outra especializada nas questões inerentes à criança e ao adolescente, outras em falências de pessoas físicas ou jurídicas, etc.

O mesmo ocorre em relação às varas criminais, antes tinham competência para julgarem todos os crimes, hoje a tendência é a da especialização, assim varas especializadas em julgamentos de crimes mais graves e com conseqüentes penas mais pesadas como, por exemplo, o latrocínio, o roubo qualificado, etc e varas especializadas em crimes mais leves, como os crimes de menor potencial ofensivo, onde o juízo competente é o Jecrim.

É difícil para um juiz especializado em crimes de menor potencial ofensivo julgar um crime como o latrocínio, ele tem o conhecimento técnico, sabe qual direito a ser aplicado, mas a experiência diária com esses tipos de criminosos ele não o terá, pois estará trabalhando com criminosos ou eventuais infratores de crimes de menor potencial ofensivo, estes, ele já os conhecerá muito bem, pela experiência diária.

O mesmo em relação ao juiz que julga crimes mais graves ser colocado para julgar crimes de menor potencial ofensivo, ele não tem experiência com os mesmos, o acerto no julgamento não será tão perfeito e justo como o julgamento feito pelo juiz com experiência em crimes mais graves.

Agora podemos vislumbrar o quanto mais difícil seria, colocar um cidadão leigo de uma hora para outra, para julgar se uma pessoa cometeu ou não tal fato, que será capitulado pelo juiz-presidente como crime, ou não de acordo com a

decisão dos jurados. Vai contra toda a idéia de especialização dos julgamentos criminais.

Tal crítica também é apontada por José Frederico Marques (p. 22) quando diz que atualmente os defensores da extinção do Júri criticam o julgamento por leigos, quando a tendência é o julgamento por juizes togados especializados, assim o faz em suas palavras:

Hodiernamente, a discussão se deslocou para outro campo: o da especialização do juiz criminal, com magistrados no exercício exclusivo da justiça punitiva e devidamente providos de conhecimentos jurídicos e criminológicos, para julgar o fato e o homem que delinqüiu, inclusive ainda para impor o tratamento adequado e lhe fiscalizar a execução e os seus efeitos no tocante ao réu. (grifo nosso).

È nesse sentido também a crítica de E. Magalhães Noronha (p. 56) quando diz que:

Não se compreende também que, numa era em que se reclama do próprio juiz criminal especialização, constituída não apenas do conhecimento do Direito Penal, mas também da Criminologia, da Penologia etc., não se compreende – dizíamos – que se confie um julgamento a homens que não possuem quaisquer desses conhecimentos, nem deles, talvez tenham ouvido falar.. (grifo nosso).

4. POSSIBILIDADE LEGAL DE SUPRESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para que se possa vislumbrar uma supressão legal do Júri, temos que questionar alguns pontos como: não ser ou não dever ser considerado mais como uma cláusula pétrea, pois essa deve trazer uma vantagem ao titular do direito, e ser julgado por leigos não há vantagem alguma; estar inserido como direito fundamental este por sua vez tem uma característica histórica, quer dizer, o direito que era fundamental há 100 anos atrás hoje já poderá não ser mais, visto o desenvolvimento do direito, da sociedade e do Estado; não ser um direito subjetivo público, pois esse deve trazer uma vantagem igual tanto para o titular do direito, como para o coletivo, sociedade em geral; ainda devemos entender o § único do artigo 1º da Constituição, onde diz que o Poder emana do povo, daí surgindo o poder originário, ou seja, de outorgar uma nova Constituição, logo se pode o mais, também poderá o menos que é alterá-la, assim podendo suprir o Júri, ou alterá-lo para melhor se adaptar a atualidade.

4.1 Júri como Garantia Individual – Cláusula Pétrea? Direito fundamental?

Primeiramente devemos saber o que é uma cláusula pétrea. Não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais, conforme vêm estabelecido no artigo 60, §4º e seus incisos da Constituição. Deste modo, “tais matérias formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente por cláusulas pétreas” (MORAES, 2003, p. 544). (grifo nosso).

A doutrina critica tais direitos fundamentais por serem colocados como cláusulas pétreas, visto que esses direitos têm como característica a historicidade, isto é, ele era um direito importante, fundamental à época em que foi criado, em que era necessário e posteriormente, num futuro não tão distante ele estaria sujeito a não ser mais considerado fundamental. Há também críticas da doutrina em relação a vários direitos penais e processuais penais que não eram considerados como direitos fundamentais nas Constituições anteriores, e que não tinham necessidade de estar, pela Constituição de 1988 passaram a ser, trata-se do chamado processo penal garantivista.

Isso tudo porque a sociedade, estado e o direito evoluíram, se desenvolveram, e o direito que era fundamental passa a não o ser. Daí podemos concluir que o direito não pode ser estático se a sociedade é mutável, quer dizer, o direito não pode ser *ad eternum*, imutável, se a sociedade é *mutável*. Como poderá ser subtraído um direito, que antes era considerado como fundamental e que agora não o é mais, e que a própria Constituição prevê a impossibilidade de sua subtração? Sendo que esse direito não está trazendo nenhuma vantagem aos seus titulares, mas sim prejuízo. Esse direito não pode permanecer, mas sim suprido, ou em última hipótese alterado para melhor.

Houve uma evolução, tanto na sociedade como em todos os seguimentos, dentre eles o direito. Isso é sabido, é a tendência da sociedade evoluir. O direito que era antes fundamental – o Tribunal do Júri – passa hoje a não mais ser. O direito evoluiu, temos hoje uma gama de direitos, garantias e princípios constitucionais que garantem um processo e julgamento justo para ambas as partes. O estado também evoluiu, antes era autoritário e ditador passou a ser democrático, e essa também é uma tendência mundial, é possível enumerar em apenas uma das mãos os países que não são democráticos.

Podemos dizer então que não há mais necessidade de o júri estar dentre as garantias fundamentais. Assim também entende Nelson Hungria (*apud* MARQUES, p. 49), dizendo que cessaram as condições pelas quais o Júri deve ser incluído entre as garantias constitucionais. “Os juizes togados passaram a vir do seio do próprio povo de que emana, conceitualmente, a sua autoridade. Tornaram-se cidadãos do povo e, pelo menos, nos governos democráticos, é em nome dele que distribuem justiça”.

Neste sentido também entende Hermínio Alberto Marques Porto (1996, p. 51) ao afirmar que “é forçada a presença da instituição do Júri no rol dos direitos primeiros e naturais do homem, necessários à integral dignidade na vida social, especialmente quando o exercício da atividade jurisdicional está equacionado por garantias constitucionais”.

Levando em conta a localização topográfica do Júri, não há dúvidas da sua natureza de direito subjetivo público constitucional, e conseqüentemente, indisponível, porém está trata-se de uma vista formal, pois em relação a ótica material o mesmo não pode ser dito.

Na caracterização de um direito subjetivo publico leva-se em consideração, sobretudo, a circunstância de que abstratamente considerado, o direito traz ao seu titular sempre uma vantagem correspondendo a outrem, sujeito individual, coletivo ou total, a correlata sujeição de respeito.

Voltando-se para essa indiscutível característica do direito subjetivo público que é a de *in abstracto* sempre constituir uma vantagem, e jamais um gravame, pode ser apurado que o Tribunal do Júri até foi um direito subjetivo público quando representava a garantia de um julgamento em tese idôneo, eis que a alternativa era invariavelmente submeter-se a julgadores de duvidosa capacidade e incerta imparcialidade, que haveriam de aplicar um direito desumano através de um processo indiferente a garantias mínimas.

Hodiernamente temos um processo estruturado, que resguarda um mínimo de garantias, porém desde que permeado pelo principio da ampla defesa e com decisões fundamentadas, sem o qual não é possível falarmos em ampla defesa, muito menos a ampla acusação que a isonomia requer, não se pode dizer que o Júri seja direito subjetivo público, visto que não mais se tem, considerando abstratamente o instituto, a certeza de uma vantagem.

4.2 Artigo 1º § Único da Constituição Federal

A doutrina que critica a existência do Júri vislumbra a possibilidade de sua supressão pela previsão e interpretação do § único do artigo 1º da Constituição. Tal dispositivo tem a seguinte redação: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Deriva daí o poder constituinte originário (além de outros) pelo qual estabelece-se uma nova Constituição para um Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses da comunidade. Assim tanto haverá poder constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.

Quanto à forma de expressão do poder constituinte originário essa inexistente forma prefixada, uma vez que apresenta as características de incondicionado e ilimitado. Porém por uma análise histórica da constituição dos diversos países, há possibilidade de apontar duas básicas formas de expressão do poder constituinte originário: 1º) Assembléia Nacional Constituinte e o 2º) Movimento Revolucionário (outorga).

Este poder originário pode tomar as mais diversas formas e matizes, assim como já foi em outrora a força ou a religião, ou ainda uma ideologia. Mais contemporaneamente, com a moderna concepção do Estado Democrático de Direito, herdado do liberalismo, esse poder toma a forma da “soberania popular” que em primeiro momento não encontra limite obrigatório algum, quanto mais limites legais, que venha a lhe anteceder e fundamentar. Disto tudo decorre a previsão do § único do artigo 1º da Constituição.

Do exposto podemos concluir que se a soberania popular pode o mais que é renegar uma ordem constitucional inteira, substituindo-a, a exemplo de como foi feita com a Constituição de 1988, ela pode o menos, que é alterar um dispositivo sem que lhe possa ser colocado em oposição à previsão do artigo 60º §4º. Deste modo, um movimento desta espécie agiria espontaneamente no que diz respeito à iniciativa, visto que prescindiria de qualquer previsão legal, até mesmo porque a própria

Constituição fornece um poder para comandar um poder que lhe é antecedente e superior.

Como já salientado e como a doutrina ensina “inexiste forma prefixada pela qual se manifesta o poder constituinte originário, uma vez que apresenta as características de incondicionado e ilimitado.”.(MORAES, 2003, p. 55).

Do exposto, não haveria nenhum obstáculo que o povo fosse convocado para que através de um Plebiscito se manifestasse sobre o Tribunal do Júri, este com valor igual para todos. Emergindo a vontade da maioria e se assim fosse o caso de extinguir o Tribunal do Júri ou alterar o texto do artigo 5º inciso XXXVIII, para que em fim, nesta ultima hipótese pudesse ocorrer uma melhor manutenção do mesmo.

A Lei nº 9.709 de 18 de Novembro de 1998 regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição. Esta lei prevê em seu artigo 1º assim como o artigo 14º da Constituição que a soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.

Já em seu artigo 2º dispõe o que são o plebiscito e o referendo dizendo que são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. (grifo nosso).

O plebiscito ao contrário do referendo, é a convocação do povo com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao mesmo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido, conforme estabelece o §1º do artigo 2º dessa lei.

5. HIPÓTESES DE JULGAMENTO PARA OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Para que possamos estudar as hipóteses de julgamento para os crimes dolosos contra a vida prevista neste Capítulo, devemos partir da premissa de que o texto constitucional possa ser modificado ou extinto de acordo com os estudos expostos nos Capítulos anteriores.

5.1 Julgamento por Juizes Togados

Nesta hipótese, que é defendida pelos opositores ao Tribunal do Júri, o mesmo deveria ser extinto da Constituição, assim seguindo os moldes explanados nos Capítulos anteriores.

Os que defendem o Júri costuma apontar-se a severidade do juiz togado. É questão de termos ou palavras: onde se diz severidade, deve ler-se justiça. Depois isso não é mesmo exato, pois se fosse, a conclusão que se deveria adotar, entre nós, era então a de ampliar-se a competência do júri para ele julgar outros crimes e não reservá-lo somente para o homicídio. Não podemos esquecer que a Justiça togada pátria é quem julga o latrocínio e o crime do artigo 159º, § 3º do Código Penal, sendo este o mais grave do estatuto.

Os crimes de competência do Júri passaria a serem julgados por Juizes de Direito comum, de preferência que se fosse formado uma vara especializada apenas nesses crimes, assim prestigiando o principio da especialidade dos julgamentos, sendo que é o que se busca na atual fase de desenvolvimento de aplicação do direito.

Neste caso o procedimento para o processo comum previsto do artigo 394º ao 405º, e do artigo 498º ao 502, ambos do Código de Processo Penal. Tudo inerente ao processo comum seria aplicado normalmente, assim como o Livro III que trata das Nulidades e dos Recursos em Geral.

5.2 Julgamento pelo Escabinado

Esta seria uma outra hipótese em que deveria ser aplicada toda a tese defendida nos Capítulos anteriores para que a previsão do Júri na Constituição possa ser alterada ou suprida, para que assim pudesse ser criado o Escabinado.

Como já salientado o Escabinado assim como o Júri há a convocação popular para o julgamento, porém não são esses unicamente que decidem sobre a existência ou não do crime, assim como a culpabilidade, punibilidade, atenuantes e agravantes. Estes são decididos de uma forma dividida entre jurados e magistrados togados. Sendo em número maior os jurados. Por esta hipótese não haveria necessidade de supressão do Júri, mas sim um aprimoramento dos que decidem, dando maior certeza de acerto na decisão.

Essa hipótese seria dificilmente aplicada no Brasil, a começar pela previsão topográfica do instituto na Constituição. Apesar de ser adotada em grande parte dos países que inicialmente adotavam o Júri. O obstáculo estaria na impossibilidade de reunir em uma sessão para julgamento vários magistrados, visto a carência que temos em nosso país do mesmo. Por exemplo: se em um Fórum de uma cidade de 200 mil habitantes possuem 12 magistrados sendo eles divididos entre civil e criminais, como poderia ocorrer a reunião para uma sessão de julgamento de 3 ou mais magistrados? O Fórum ficaria defasado durante esse período, e os trabalhos dos demais magistrados ficariam atrasados, seriam canceladas audiências, e os processos demorariam mais ainda em seu tramite.

CONCLUSÃO

Por fim, podemos concluir que: é certo que o Tribunal do Júri é uma Instituição democrática, pois há a participação popular, porém há muito tempo deixou de ser uma vantagem para a sociedade. Isso porque seus julgamentos, em sua maioria, desprestigiam, não só o direito penal, como também uma série de princípios e garantias que são dados como obrigatórios ao juiz togado quando do julgamento.

Seja qual for a finalidade para o qual foi criado o Tribunal do Júri, essa já não existe mais. Possuímos um estado democrático de direito, os poderes são autônomos e independentes entre si, há leis positivadas que prevêm previamente penas a serem aplicadas, e as penas não são desumanas nem graves como as de antigamente.

Há toda uma proteção constitucional nesse sentido. Há autoridades permanentes que buscam pacificar a sociedade, solucionando conflitos, resolvendo litígios, desvendando crimes, punindo possíveis infratores e prevenindo ostensivamente possíveis situações ilegais. E, para tudo isso, há toda uma gama de garantias e princípios processuais, leis esparsas, etc, que garantem a essas autoridades o poder de agir sem receios a nenhuma forma de retaliação ou de vingança por parte do investigado, ou algum desvirtuado interessado.

Que todas as decisões do Júri são definitivamente arbitrárias e injustas não é possível afirmar, mas que, pelas estatísticas dos julgados dessa Instituição, pode-se concluir que a maioria das decisões são nesse sentido. E, para isso, há toda uma estrutura ultrapassada que favorece, desde o julgamento por leigos, o procedimento moroso e extremamente formal.

Em que pesem outras situações, há que se recordar o fato do jurado ter que conhecer as provas que instruem o processo em apenas algumas horas e decidir pela absolvição ou condenação do réu. Mesmo porque, o processo, para ser instruído, demorou anos.

A soberania e a falta de fundamentação que são dadas às decisões do Conselho de Sentença, vão contra o próprio Estado Democrático de Direito até mesmo ferindo o duplo grau de jurisdição, pois a matéria de fato não poderia ser reapreciada, apenas a matéria de direito.

A falta de pares no Tribunal do Júri também é evidenciada, posto que a maioria dos réus do Júri é formada por pessoas pobres, menos favorecidas tanto socialmente, como economicamente, culturalmente, enfim, são hipossuficientes. Já, sobre os jurados que compõem o Conselho de Sentença, e que irão decidir o destino do réu, não se pode dizer o mesmo pois, na maioria das vezes, tratam-se de pessoas de nível social, educacional, econômico, cultural, em grau bem mais elevado do que o réu, não fazendo, portanto, nenhum par com o réu, desrespeitando evidentemente o que dispõe a lei: “que o réu deve ser julgado por seus pares”.

Dessa forma, é desvirtuada uma das finalidades do Júri, que é o julgamento pelos seus iguais, ou seja, por seus pares.

Não podemos dizer que o jurado não decide o direito, e decide apenas o fato, pois a vinculação da aplicação ou não do direito, está ligada à ocorrência, ou não, do fato, com eventuais circunstâncias que podem atenuar ou agravar o crime. Tudo isso será decidido pelo jurado entendendo que tal fato tenha ocorrido ou não. Assim não se pode dizer que os jurados são apenas juizes de fato, e não de direito, pois acabam decidindo também o direito que será aplicado ao caso concreto, pois o juiz-presidente fica vinculado à decisão do Conselho de Sentença.

Para ser considerado uma cláusula pétrea o direito deve trazer uma igual vantagem para seu titular individual, como para o titular coletivo, pois se trata também de um direito subjetivo público. Se não houver igualdade na vantagem, não pode ser considerado um direito subjetivo público. Desse modo, se um réu em má situação econômica ou financeira (o que é maioria no Tribunal do Júri) não puder pagar um advogado experiente para defendê-lo em plenário, não obterá o mesmo resultado que um réu em situação econômica melhor teria, pois este poderia pagar um bom advogado para defendê-lo.

Isso porque, o que leva o Conselho de Sentença a decidir a favor da defesa ou da acusação, não é aquele que tiver o melhor direito insculpido nos autos, mas aquele que souber melhor interpretar, tiver a melhor oratória, maior experiência no

Júri; esse, com certeza, logo obterá resultado diferente, não tendo assim, razão de ser direito subjetivo público.

O certo é que deve ser tomada uma atitude com relação ao Instituto do Júri, seja alterando o texto constitucional, seja suprimindo o mesmo. A alteração seria no sentido de modernizar a Instituição, a exemplo do que se tem, hoje, nos países que eram adeptos do Tribunal do Júri desde seu alastramento pela Europa com a Revolução Francesa, mas que, com o passar do tempo, foram se aperfeiçoando, como ocorre na França, na Alemanha, na Itália, onde o mesmo foi transformado em escabinado (julgamento por órgão colegiado composto por juizes togados e jurados integrantes da sociedade); Ou, se fosse o caso, que se suprimisse do texto constitucional, passando a ser julgado por um juiz de direito comum, mas em uma vara criminal especializada, prestigiando, assim, a especialização dos julgamentos criminais e os princípios e garantias que regem o processo penal.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. **Crime, justiça penal e desigualdade jurídica**. As mortes que se contam no Tribunal do Júri. *In Revista USP*. São Paulo, nº 21, março/abril/maio 1994.

ALBUQUERQUE ROCHA, José. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

ACOSTA, Walter P. **O processo Penal**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1987.

ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARGENTINA. Acórdão da Corte Suprema Argentina. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

ASÚIA, Luís J. de. **El juez penal: su formación y sus funciones**. *In: El Criminalista*, III t.

BONFIM, Edílson Mougnot. **Processo penal 1: Dos fundamentos à sentença**.. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. Dias, J. F.(tradutor).. **Instituições de direito penal e processo penal**. Editora: Coimbra, Coimbra, 1973.

COSTA ANDRADE, Miguel (tradutor).. **Instituições de direito penal e processo penal**. Editora: Coimbra, Coimbra, 1974.

CASTRO, Kátia Duarte de. **O Júri como instrumento de controle social**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 2^a ed., amp. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Santiago S. Melendo (tradutor).. Bueno Aires: Bosch, 1950.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6^a ed. Coimbra: Almeida, 2002.

BRASIL. Constituição do Império.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Sinopses jurídicas**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Ana Paula Zommer et al (trad.). São Paulo: RT, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães.. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

J. COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Victor Russomano (trad.); 3ª ed.; Rio de Janeiro: Konfino, 1951.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Júri: crimes e processo**. São Paulo: Atlas, 1999.

MARICONDE, Vélez. **Estúdios de derecho procesal penal**. Universidad de Córdoba, 1956.

LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto procesuale penale**. Napoli: Jovene, 1961.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia!**. In: Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n.62, fev.2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3690>>. Acesso em: 25 mai. 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17ª ed.; São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

_____. **A instituição do júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

Processo Penal do Júri nos Estados Unidos do Brasil. 2ª ed.; Rio de Janeiro: Editora Livraria, 1946.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **Lê démocritie em Amérique**. 15ª edição, Vol. II.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento, questionários**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1949.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **O júri como instrumento de efetividade da reforma penal**.. Revista dos Tribunais nº 699, p. 283, 1994.

RUBUANES, Carlos J. **Manual de derecho procesal penal**. 6ª ed.; Buenos Aires: Depalma, 1985.

REVISTA ÉPOCA. Editora: Globo. Rio de Janeiro. 12 de Junho de 2006, pg. 29.

SOUZA NUCCI, Guilherme. **Código de processo penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 1999.

SOUZA e SILVA, Andréia. **A formação do tribunal do júri sob o aspecto sociológico**. 45f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005,

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **Processo penal**. 4 v. São Paulo: Jolovi, 1980.

_____. **Processo penal**. 1º, 3º e 4º v. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **Lê démocritie em Amérique**. 15ª ed.; vol. II.

VIEIRA, Ana Lucia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.