



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO**

DAVID MEDINA DA SILVA

**AMPLA DEFESA E PLENITUDE DE DEFESA: A COLISÃO NORMATIVA E A
RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DOS ARTIGOS 478 e 479
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

PORTO ALEGRE

2018

DAVID MEDINA DA SILVA

**AMPLA DEFESA E PLENITUDE DE DEFESA: A COLISÃO NORMATIVA E A
RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DOS ARTIGOS 478 e 479
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

Trabalho de conclusão do Programa de Pós-Graduação - Mestrado acadêmico com ênfase em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis - da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Professor Orientador: Doutor Anizio Pires Gavião Filho

PORTO ALEGRE

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Medina da Silva, David

Ampla defesa e plenitude de defesa: a colisão normativa e a restrição de direitos fundamentais diante dos artigos 478 e 479 do código de processo penal / David Medina da Silva. -- Porto Alegre 2018.

153 f.

Orientador: Anizio Pires Gavião Filho.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Ampla Defesa e Plenitude de Defesa. 2. Colisão Normativa. 3. Restrição de Direitos Fundamentais. 4. Artigos 478 e 479 do Cpp. I. Pires Gavião Filho, Anizio, orient. II. Título.

DAVID MEDINA DA SILVA

**AMPLA DEFESA E PLENITUDE DE DEFESA: A COLISÃO NORMATIVA E A
RESTRICÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DOS ARTIGOS 478 e 479
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

Trabalho de conclusão do Programa de Pós-Graduação - Mestrado acadêmico com ênfase em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis - da Fundação Escola Superior do Ministério Público como requisito parcial para obtenção do Mestrado Acadêmico em Direito.

O trabalho foi aprovado _____ pelos membros da banca examinadora, obtendo nota _____.

Examinado em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho - FMP
(Presidente da Banca)

Prof. Dr. André Machado Maya - FMP

Prof.^a Dra. Denise Friedrich - UNISC

RESUMO

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de defesa é um dos direitos fundamentais inseridos no conjunto de garantias constitucionais estabelecidas pela Constituição brasileira de 1988, manifestando-se em dois princípios distintos: ampla defesa para os acusados em geral (CF, art. 5º, LV) e plenitude de defesa para os acusados perante o júri (art. 5º, XXXVIII, a). A presente dissertação investiga a plenitude de defesa como princípio e sua colisão com o princípio da ampla defesa, estabelecendo a distinção entre essas manifestações do direito fundamental, além da limitação à plenitude de defesa imposta pelos artigos 478 e 479 do CPP, os quais restringem argumentos e provas no processo do júri, tendo como base a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito de defesa Como Direito Fundamental. Distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa. Colisão de Princípios e Restrição de Direitos Fundamentais. Artigos 478 e 479 do CPP. Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

ABSTRACT

In the Brazilian legal system, the right to defense is one of the fundamental rights contained in the set of constitutional guarantees established by the Brazilian Constitution of 1988, manifesting itself in two distinct principles: ample defense for the accused in general (CF, art. 5º, LV) and full defense for the accused before the jury (art. 5º, XXXVIII, a). The present dissertation investigate the full defense as a principle and its collision with the principle of ample defense, distinguishing between these manifestations of the fundamental right, besides the limitation of the defense by articles 478 and 479 of the CPP, which restrict arguments and evidence in the jury process, based on Robert Alexy's theory of fundamental rights.

Key words: Fundamental Rights. Right of Defense as a Fundamental Right. Distinction Between Ample Defense and Plenitude of Defense. Collision of Principles and Restriction of Fundamental Rights. Articles 478 and 479 of the CPP. Robert Alexy's Fundamental Rights Theory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O DIREITO DE DEFESA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	10
2.1	Democracia e Direitos Fundamentais	10
2.2	Estado Democrático de Direito e a Doutrina do <i>Due Process Of Law</i>	23
2.3	Princípios Acusatório, Contraditório e da Ampla Defesa: Definições e Distinções Diante da Instrumentalidade do Processo	28
2.4	A Garantia de Defesa Como Direito Fundamental	34
2.5	Colisão de Direitos Fundamentais em Face do Direito de Defesa	38
3	AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NOS JULGAMENTOS PELO TRIBUNAL DO JÚRI	45
3.1	Aspectos Históricos do Tribunal do Júri	45
3.2	O Júri no Direito Comparado	52
3.3	O Júri na Ordem Jurídica Brasileira: Natureza e Panorama Normativo	58
3.3.1	A Natureza do Júri Brasileiro: O Júri Como Garantia?	59
3.3.2	Aspectos Constitucionais do Júri Brasileiro e a Teoria dos Direitos Fundamentais	61
3.3.3	Aspectos Infraconstitucionais e Normativos Do Júri Brasileiro Frente à Garantia de Plenitude de Defesa	67
3.4	A Ampliação do Direito de Defesa nos Julgamentos Pelo Júri: Dimensões Constitucionais do Direito de Defesa	77
4	AS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE DEFESA E A COLISÃO	

	NORMATIVA DIANTE DA PLENITUDE DE DEFESA	89
4.1	O “Mito da Verdade Real” Diante da Dimensão Procedimental do Estado Democrático de Direito e a Premissa da Pretensão de Correção	89
4.2	Visão Analítica das Restrições ao Direito de Plena Defesa no Júri	94
4.2.1	As Restrições ao Direito de Alegar	94
4.2.2	As Restrições ao Direito de Provar Perante os Jurados	99
4.2.3	Nulidade Relativa e a “Duvidosa Constitucionalidade” das Limitações Impostas Pelos Artigos 478 e 479 do CPP	101
4.3	O Direito de Defesa e a Teoria dos Princípios	103
4.3.1	Teoria dos Princípios e a Ponderação	104
4.3.2	O Direito de Defesa Como Princípio	115
4.3.3	Colisão Entre Ampla Defesa e Plenitude de Defesa	118
4.3.4	Restrições de Direitos Fundamentais e a Plenitude de Defesa	121
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
9	REFERÊNCIAS	144

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação trata das restrições ao direito de defesa nos julgamentos pelo júri, previstas nos artigos 478 e 479 do CPP, os quais consubstanciam limitações ao direito de argumentar e de provar, respectivamente. A primeira restrição diz respeito à impossibilidade do orador fazer referência à pronúncia ou decisões que a confirmarem, ao uso de algemas ou ao silêncio, como argumentos de autoridade em prejuízo ou benefício do acusado (art. 478). A segunda restrição refere-se à proibição de utilizar documentos que não tenham sido objeto de comunicação à parte contrária com antecedência mínima de três dias úteis do julgamento (art. 479).

A importância do tema decorre do estatuto de direito fundamental do direito de defesa, cuja limitação proporciona o questionamento sobre a validade formal e material dos dispositivos limitadores. Em outras palavras, na medida em que o direito de defesa tem assento constitucional, a validade das limitações infraconstitucionais depende da compatibilidade dos dispositivos à Constituição, tanto no sentido da competência legislativa, quanto do respeito ao direito fundamental.

Além disso, os dispositivos mencionados restringem o direito de defesa no júri, situação em que é garantida a plenitude de defesa. Portanto, não havendo tais restrições em relação ao que é amplo (ampla defesa), é necessário investigar sua validade em relação ao que é pleno (plenitude de defesa).

Portanto, o trabalho pretende responder aos questionamentos sobre a validade formal e material dos artigos 478 e 479 desses dispositivos, utilizando, para tanto, as contribuições da teoria da argumentação jurídica e da teoria dos princípios de Robert Alexy.

Justifica-se a presente pesquisa pela necessidade de legitimar ou, em conclusão contrária, invalidar a restrição do direito fundamental de defesa imposta pelo legislador ordinário ao dispor sobre a impossibilidade de usar argumentos que façam referências à pronúncia e uso de algemas, ao silêncio e à ausência do de interrogatório do acusado, bem como elementos de prova não juntadas com antecedência mínima de três dias e não científicas à parte contrária.

A garantia de defesa constitui direito fundamental associada historicamente ao devido processo legal, o qual, em sua versão original, remonta às primeiras

declarações de direitos, constituindo, portanto, direito fundamental de primeira geração. Tratando-se de direito fundamental, sua restrição somente é possível se estiver de acordo com a Constituição.

Ocorre que a Constituição consagra o direito fundamental de defesa de duas formas distintas: como ampla defesa, para os acusados em geral, e como plenitude de defesa, para os acusados perante o Tribunal do Júri.

Assim, num primeiro momento, impõe-se fazer a devida distinção entre plenitude de defesa e ampla defesa e identificar a colisão normativa que se estabelece entre tais princípios constitucionais. Num segundo momento, é necessário verificar a possibilidade de restrição do direito fundamental de defesa diante de sua plenitude, uma vez que parece contraditório que uma defesa seja plena e, ao mesmo tempo, limitada. Trata-se aqui de enfrentar uma situação paradoxal, que se consubstancia no fato de que a defesa plena sofre limitações que não são impostas à defesa ampla.

Em outras palavras, a mencionada restrição não opera em relação à ampla defesa, mas opera em relação à defesa plena, o que torna a amplitude mais abrangente que a plenitude, em clara disformidade semântica e normativa, pois, se o que é pleno é mais do que amplo, não pode haver mais limitação na plenitude do que na amplitude.

Assim, pretende-se superar tal paradoxo a partir da análise da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, em conjugação com outras fontes, de modo a estabelecer parâmetros de efetivo respeito à garantia de defesa como direito fundamental.

O presente trabalho está dividido em três partes, distribuídas em capítulos distintos. O primeiro capítulo aborda o direito de defesa como direito fundamental, estabelecendo as premissas necessárias ao enfrentamento do problema a partir da relação entre direitos fundamentais, democracia e Estado democrático de direito, assentando-se a distinção entre princípios acusatório, contraditório e ampla defesa, assim como a questão da colisão de princípios. O segundo capítulo trata da ampliação do direito de defesa no júri, enfrentando a problemática distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa, contextualizando o júri brasileiro em seus aspectos históricos e normativos. O terceiro e último capítulo trata da restrição do direito de defesa e da colisão dos princípios da ampla defesa e da plenitude de

defesa com a luz da teoria da argumentação jurídica e a teoria dos princípios de Robert Alexy

No plano metodológico, foi utilizado o método indutivo, a partir de dados de pesquisa bibliográfica, buscando fundamentação em literatura nacional e estrangeira relacionada ao tema abordado.

Trata-se, portanto, de trabalho destinado a investigar um tema parcamente explorado pelos processualistas, qual seja, a dualidade do direito de defesa no sistema jurídico-constitucional brasileiro, estabelecendo a distinção entre a ampla defesa e a plenitude de defesa, a fim de solucionar a colisão de princípios que se estabelece entre essas garantias, enfrentando, outrossim, o problema das restrições à plenitude de defesa impostas pelos artigos 478 e 479 do Código de Processo Penal.

2 O DIREITO DE DEFESA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O pensamento jurídico dos últimos duzentos anos foi marcado pelo nascimento e positivação dos direitos humanos, que são direitos fundamentais, pois cuidam das carências e necessidades humanas, as quais devem ser protegidas e fomentadas pelo Direito, tendo prioridade frente ao Direito positivo.¹

2.1 Democracia e direitos fundamentais

A primeira declaração de direitos fundamentais moderna é o *Virgínia Bill of Rights*², votado em 12 de junho de 1776, na qual os colonos ingleses na América do Norte, sentindo-se oprimidos pelas limitações da coroa e do parlamento da Inglaterra, decidiram-se pela secessão, fundamentando esse ato no direito natural e na lei divina e nos direitos, disso resultantes, da liberdade e igualdade de todas as pessoas, sendo que a declaração de independência americana, de 4 de julho de 1776, associou-se, em parte, até textualmente, ao *Virgínia Bill Of Rights*.³

É verdade que a doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual, para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado, partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. A hipótese do estado de natureza – enquanto organização pré-estatal e, em alguns escritores, até mesmo pré-social – era uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar, determinadas exigências que se iam ampliando cada vez mais; num primeiro momento, durante as guerras de religião, surgiu a exigência da liberdade de consciência contra toda forma de imposição de uma crença (imposição frequentemente seguida de sanções não só espirituais, mas também temporais); e, num segundo momento, na época que vai da Revolução Inglesa à Norte-Americana

¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais: Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 37.

² As declarações de direitos fundamentais americanas tiveram na Inglaterra certos precursores, como a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, *A petition of Rights*, de 1628, os *Habeas-Corpus Akte*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. (MAURER, Harmut, **Contributos para o direito do estado**; trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 16.).

³ MAURER, Harmut, *Ibidem*. p. 15.

e à Francesa, houve demanda de liberdades civis contra toda forma de despotismo. O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária, que devia servir para justificar exigências de liberdade dos que lutavam contra o dogmatismo das igrejas e contra o autoritarismo dos estados.⁴

Os primórdios dessa concepção jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis dos seres humanos, em especial os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, segundo Sarlet⁵, deitam raízes na antiguidade clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão, sendo que o Antigo Testamento originou a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo advieram as teses da unidade da humanidade e da igualdade dos homens em dignidade.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sofreu a influência da declaração da Virgínia, na medida em que Lafayette, o pai da declaração francesa, conheceu o *Bill of Rights* em sua participação na guerra de independência americana.⁶

Na Alemanha, as declarações de direitos não partiram de movimentos populares, como na América e na França, mas dos próprios monarcas, no intuito de evitarem revoluções, de forma que o constitucionalismo foi um compromisso histórico entre a monarquia tradicional e a burguesia progressiva, que encontrou sua expressão nas constituições estaduais do século 19 e nelas o poder estatal foi distribuído ao monarca, ao parlamento e à representação popular, sendo que foi a constituição do império de Weimar a primeira constituição de toda a Alemanha que se baseou exclusivamente em fundamento democrático e constituiu um estado democrático-republicano.⁷

Depois da Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais converteram-se também em um tema internacional, já que em 1945, a Organização das Nações Unidas declarou a salvaguarda da paz mundial e a proteção dos direitos do homem

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 34-35.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

⁶ MAURER, Harmut, **Contributos para o direito do estado**. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 17.

⁷ Idem, p.18-22.

como seus objetivos principais.⁸ Em 1948, os direitos humanos foram incorporados à Declaração Universal dos Direitos do Homem, passando em seguida à Constituição de Bonn de 1949, marco do movimento de constitucionalização dos direitos fundamentais.⁹

O desenvolvimento dos direitos fundamentais ao longo da história deu origem às gerações de direitos, isto é, ondas de estabelecimento e constitucionalização de direitos, tendo cada onda um norte moral e político. Segundo Sarlet¹⁰, costuma-se falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo uma quinta e sexta gerações. Os direitos de primeira geração são os chamados direitos de liberdade, consistentes em direitos civis e políticos, conquistados no Estado Liberal do século XIX. Tratam-se de direitos negativos, uma vez que possibilitam ao cidadão resistir à interferência do Estado. Os direitos de segunda geração dominaram o século XX e nasceram vinculados ao princípio da igualdade, sendo entendidos como direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades procedentes das Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial. Os direitos de terceira geração são aqueles cristalizados no final do século XX, dotados de altíssimo grau de humanismo e universalidade, tendo como destinatários o gênero humano, não se atendo a indivíduos específicos, grupos ou a algum Estado determinado, emergindo, isto sim, da reflexão sobre os temas de desenvolvimento, paz, meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade.¹¹

Além dessas três gerações, Bonavides¹² apresenta uma quarta geração de direitos advindos do neoliberalismo e da globalização econômica. Essa nova geração consagra os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, que nascem em virtude da universalização de diversos campos de convivência na atualidade e também da universalização dos direitos fundamentais. Tais direitos se concretizam em virtude da tecnologia da comunicação, andando sempre junto com os direitos à informação e pluralismo. Segundo o autor, apenas com os direitos de quarta geração será possível uma globalização política, o futuro da cidadania e a

⁸ MAURER, Hartmut. *Ibidem*, p. 27.

⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais**, Argumentação e Ponderação. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 19.

¹⁰ SARLET, p. 45.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros Editores, 2009. p. 263-265 e 562-570.

¹² *Idem*. p. 263-265; 562-570-572.

liberdade de todos os povos. Segundo o mesmo autor, o direito à paz, classificado como de terceira geração, deve ser trasladado e compor a onda dos direitos de quinta geração, uma vez que o reconhecimento universal da paz é pressuposto necessário para a qualidade da convivência humana, como manutenção da espécie humana e segurança dos demais direitos. Segundo o autor, existe na atualidade uma ideia de libertação, respeito e compartilhamento das correntes moral, espiritual e social dos povos e da cultura, sendo que este movimento, do ponto de vista juspolítico, vem calcado em uma ética que tem a probabilidade de governar o futuro, guiar, legitimar e presidir os atos de poder. Por isso a importância da paz emerge exatamente da possibilidade da preponderância da fraternidade dos povos nas suas relações políticas.¹³

Não há dúvida de que os direitos fundamentais estão marcados pela heterogeneidade assinalada por Bobbio¹⁴, quando destaca a impossibilidade de encontrar um fundamento absoluto para direitos que se modificam em função das transformações históricas, ou seja, dos carecimentos, dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc., além de serem de natureza heterogênea, compreendendo pretensões muito diversas entre si.

Na mesma diretriz, Mendes¹⁵ afirma que os direitos fundamentais não são homogêneos e nem mesmo a sua estrutura normativa é coincidente em todos os casos, o que dificulta uma conceituação material que abranja todos eles. Há, entretanto, consenso sobre ser o princípio da dignidade humana que concretiza os direitos fundamentais, tendo em vista que é ele que demanda fórmulas de limitações do poder, de maneira a prevenir o arbítrio e a injustiça. Assim, os direitos fundamentais em sentido material são pretensões derivadas do princípio da dignidade em cada momento histórico. Dito de outro modo:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 579-586.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 18-19.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Editora Saraiva, 2015, p. 139-140.

suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).¹⁶

A diversidade terminológica relacionada aos direitos fundamentais contempla expressões como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, além de outras, evidenciando elevado grau de heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo dos direitos fundamentais¹⁷. Não obstante, afirma-se que os direitos fundamentais guardam estreita relação com os direitos do homem; são direitos universais e de natureza moral, pois sua validade não depende de sua positivação, embora sejam direitos preferenciais que devem ser positivados na Constituição; os direitos fundamentais detêm prioridade frente ao Direito positivo, pois representam a medida de sua legitimidade, revelando-se como fundamentais porque tratam de carências e necessidades humanas cuja violação ou não satisfação atinge o âmbito nuclear da autonomia do ser humano, sendo ainda direitos abstratos na medida em que podem ser limitados por outros direitos ou pela proteção de bens coletivos, como por exemplo, o meio ambiente. Pode-se dizer, ainda, que são direitos individuais positivados na Constituição, representando, em geral, a intenção de transformação dos direitos humanos em Direito positivo.¹⁸

Por conseguinte, os direitos fundamentais estão intimamente relacionados com a democracia moderna, gestada na oposição ao Absolutismo, substituindo-se, a partir das declarações de direitos e do movimento constitucionalista, a vontade do soberano pela vontade da lei, surgindo o império da legalidade, no qual o poder é exercido pelo povo por meio de mandatários. Sem guardar equivalência com o sistema ateniense existente na Antiguidade, em que se adotava um modelo direto, a democracia moderna funciona a partir da participação indireta, isto é, segundo o modelo de representação ou de mandato. Todavia, a existência do mandato “livre”, ou seja, desvinculado de “instruções ou desejos de seus eleitores”, evidencia, desde a convocação dos Estados Gerais em França, no ano de 1789, a problemática

¹⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 109-110.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 27.

¹⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais**, argumentação e ponderação. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 37-38.

tensão entre mandantes e mandatários, pela impossibilidade de se estabelecer um paralelo razoável entre a vontade do eleitor e do eleito.¹⁹

Essa problemática traz à colação o tema central da polêmica estabelecida em torno do conceito de democracia, no qual se contrapõem as ideias de democracia representativa e democracia comunitária. De fato não há consenso quanto ao conceito de democracia, conforme assinalado por Dworkin:

Democracia significa governo do povo. Mas o que significa isso? Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo entre os cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias.²⁰

Segundo Waldron²¹, “a ideia de democracia não é incompatível com a ideia de direitos individuais, pelo contrário, não há democracia a menos que os indivíduos possam exercer o ‘direito dos direitos’, que é o direito de participar na confecção das leis.” Numa visão majoritária, portanto, a democracia corresponde à ideia de prevalência das decisões da maioria. Numa visão comunitária, porém, a democracia corresponde à ideia de decisões tomadas em parceria, em que todos os indivíduos são considerados parceiros de uma decisão coletiva (*full partner*).

A premissa majoritária deposita no Poder Legislativo, a missão de realizar os ajustes e as ponderações necessárias à convivência pacífica das forças políticas presentes no Estado, o que permite questionar a legitimidade da ingerência do Poder Judiciário, por meio da revisão judicial da legislação – *judicial review* – nos atos legislativos.

Esse questionamento estabelece o debate sobre a validade da revisão judicial (*judicial review*) no ambiente democrático, isto é, a possibilidade de juízes, cuja investidura não decorre da vontade popular, revogarem as decisões tomadas por maioria pelos representantes do povo.

Tal debate é consistente e oportuno no momento atual da ciência jurídica, especialmente em nosso território, em que cada vez mais se verifica um protagonismo judicial, especialmente das cortes superiores, tanto na invalidação de

¹⁹ BEÇAK, Rubens. **A democracia na modernidade**: evolução histórica. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 22. Vol. 87. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 172.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 23-24.

²¹ WALDRON, Jeremy. **The Constitutional Conception of Democracy**. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em: 07 Jan. 2017.

leis aprovadas pelo parlamento, quanto na imposição de diretrizes políticas aos administradores públicos, trazendo à evidência a questão do ativismo judicial, que, segundo Marshal, consiste numa a recusa dos Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes.²²

O termo ativismo judicial foi cunhado pela imprensa dos Estados Unidos para designar a intensa atividade dos tribunais nas questões afetas aos outros poderes. No Brasil, essa expressão está comumente associada à atividade do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade das leis. Segundo Barroso:

O ativismo judicial é caracterizado tanto pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, como pela declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador e também pela imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.²³

Acima da polêmica sobre a atividade judicial invasiva e desproporcional no sistema jurídico, deve ser visitada a questão da legitimidade ou não de se atribuir, num sistema democrático, poderes aos juízes para ingressarem em questões afetas ao Poder Legislativo, o que ganha interesse no Direito brasileiro dentro da perspectiva de que a própria Constituição adverte que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, enunciando assim o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Carta Política brasileira.

A concepção corrente associa democracia à ideia de maioria, considerando democrática uma decisão tomada por maioria de votos, enquanto é antidemocrática uma decisão que não respeita ou não decorre da vontade da maioria. Esta concepção de democracia majoritária está, por sua vez, associada à atividade do Poder Legislativo, a qual é manejada por representantes eleitos pela comunidade de eleitores em um Estado politicamente organizado segundo o sistema representativo.

Sobre esse tema, é sumamente elucidativo o esclarecimento de Dworkin:

²² MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. University of Colorado. Law Review. V. 73, set. 2002, p. 37. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 08 Jan. 2017.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, In: Revista de Direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009, p.75.

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplica-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.²⁴

O próprio Dworkin, porém, refuta a ideia de que uma decisão será democrática simplesmente por emergir do Poder Legislativo:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis.²⁵

Não há dúvida de que o modelo majoritário parte de uma estrutura viciada em vários aspectos, que vão desde a omissão e a desinformação da população, bem como questões econômicas e publicitárias dos políticos envolvidos nesse sistema, os quais estão muitas vezes mais interessados em agradar o maior número possível de eleitores do que em atender às necessidades específicas da população.²⁶

Dworkin descortina a inconsistência da democracia majoritária, entendendo que a justiça não é uma questão meramente matemática, isto é, baseada na contagem dos votos, sugerindo assim uma ideia de democracia em parceria, em que cada indivíduo é tratado como um parceiro integral (full partner), que deve ter seus direitos preservados, ainda que represente um grupo minoritário.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 132.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 31.

²⁶ SOUSA E SILVA, Tassyla Queiroga. **A influência da doutrina de Ronald Dworkin na afirmação da jurisdição constitucional**. Revista do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 2 (2013), nº 11, 13037-13067. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/11/2013_11_13037_13067.pdf>. Acesso em: 28 Dez. 2016.

Segundo a visão majoritária democracia é o governo que se pauta pela vontade da maioria. No entanto, não há garantia de que a maioria vá decidir de modo justo. Nesse sentido, a democracia poderá ser injusta, mas não será menos democrática por conta disso. Numa visão comunitária ou em parceria, no sentido de que o povo governe a si próprio considerando cada um de seus integrantes como um parceiro integral (*full partner*) num empreendimento político coletivo. A decisão da maioria somente pode ser considerada democrática se atende determinadas condições que protejam o status e os interesses de cada cidadão como um parceiro integral desse empreendimento. Nessa concepção, uma comunidade que ignore os interesses de alguma minoria ou de algum grupo específico é não democrática.

O objetivo da democracia é que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade a mesma consideração e respeito.

Diante disso, ao invés de uma democracia baseada no procedimentalismo, constituída a partir de simples estatística, Dworkin passa a sustentar uma concepção de democracia baseada no substancialismo, que substitui a premissa majoritária pela premissa comunitária, na qual se garante igual consideração e respeito por todos os cidadãos, ainda que pertencentes a grupos minoritários. Conforme esclarece Motta:

Dworkin passa a sustentar uma concepção constitucional da democracia, que assume a seguinte postura diante do governo majoritário: a democracia é um governo sujeito a condições (chamadas condições democráticas) de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, suas decisões devem ser aceitas por todos. Quando não o fazem, ou quando o fazem de modo insuficiente, suas decisões devem ser consideradas inconstitucionais. E não há qualquer objeção a ser feita a que um tribunal com poderes constitucionais seja encarregado de declarar essa inconstitucionalidade. Mesmo que seja difícil estabelecer as condições democráticas e se estas foram ou não atendidas, não é antidemocrático encarregar juízes e tribunais desse controle.²⁷

A concepção constitucional de democracia proposta por Dworkin sustenta que os cidadãos têm direitos contra o Estado, derivados de duas ideias importantes: dignidade humana e igualdade política, segundo a qual mesmo os membros mais

²⁷ MOTTA, Francisco José Borges. **As Condições Democráticas de Ronald Dworkin e o Instituto da Judicial Review**. In: *Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas* [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre, FMP, 2015, p. 193-194. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF>. Acesso em: 06 Jan. 2017.

frágeis da comunidade têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderoso sendo um equívoco pensar que o voto majoritário é sempre o método adequado de se obter decisões coletivas, sempre que haja um dissenso. No exemplo hipotético de naufragos presos a um bote salva-vidas que irá afundar a menos que um dos tripulantes o abandone, como o grupo decidirá quem deve abandonar o barco e morrer? A tese de Dworkin é de que há situações em que a premissa majoritária não é a mais adequada de se tomar decisões, desde um ponto de vista moral. Segundo Motta:

O autor norte-americano aponta para o fato de que seria mais justo omitir-se (e deixar que o destino decida a causa, dando a cada pessoa a mesma chance de permanecer viva), do que submeter a questão a um voto majoritária: essa seria uma má ideia, na medida em que forças que não deveriam influenciar a decisão (amizade, inimizade, inveja etc.) acabariam sendo decisivas. Quer dizer: o processo majoritário não é justo em si, nem, em todos os casos, é garantia de produção de um resultado justo.²⁸

Dworkin tem, como centro de sua teoria moral, uma leitura particular do princípio da humanidade kantiano, segundo o qual a dignidade humana tem dupla dimensão:

a) o princípio do valor intrínseco da vida humana, segundo o qual toda vida humana tem um valor objetivo, enquanto potencialidade; uma vez que a vida humana comece, importa como é conduzida. Assim, a vida é boa quando seu potencial é realizado, ao passo que ela falha quando seu potencial é desperdiçado. A importância objetiva não pode pertencer a uma vida humana sem que pertença, também, a todas as outras, de modo que é impossível separar o respeito próprio do respeito pela importância da vida dos demais.

b) o princípio da responsabilidade pela vida humana, cada um tem uma responsabilidade especial por buscar o sucesso em sua própria vida, uma responsabilidade que inclui a tomada de uma decisão sobre que tipo de vida poderia ser considerado um sucesso. O indivíduo não deve aceitar, porquanto que qualquer outro lhe imponha esses valores pessoais. Cada um deve decidir, por si só, o que é uma vida boa de ser vivida.

Não se pode conceder ao governo o a qualquer outro grupo a autoridade de nos exigir a adesão a um esquema particular de valores ou nos impor escolhas particulares como nossa profissão ou nosso cônjuge. Mas isso não significa que o

²⁸ Ibidem, p. 197.

governo não possa nos impor obrigações, pois há diferença entre ética e moralidade. No pensamento dworkiniano, padrões morais prescrevem como tratar os outros, padrões éticos prescrevem como devemos viver por nós mesmos. O princípio da responsabilidade pessoal permite que o Estado nos force a viver de acordo com decisões coletivas baseadas em princípio morais, mas proíbe que o Estado nos dite convicções éticas.

Isso nos permite compreender a tese da democracia comunitária: Dworkin sugere que a sua concepção de dignidade humana, desdobrada nos princípios expostos, dá origem a dois princípios estruturantes da democracia constitucional: igual consideração e autogoverno. A igual consideração dos governantes para com todos é atingida com sufrágio universal e igualitário. O autogoverno é uma decorrência do segundo princípio da dignidade humana (princípio da responsabilidade pessoal): os arranjos políticos devem respeitar a responsabilidade pessoal e inalienável dos indivíduos de identificarem valor nas suas próprias vidas. Será sempre afrontosa à dignidade pessoal uma submissão à autoridade coercitiva de outros em determinadas matérias (religião, por exemplo), a concepção da democracia em parceria requer uma garantia de que a maioria não possa interferir nesses casos.

O princípio do valor objetivo e intrínseco da vida humana tem expressão na exigência de que o governo demonstre igual consideração por todos. O princípio da autenticidade ou da responsabilidade pela vida humana dá origem ao dever de o Estado demonstrar respeito pela responsabilidade individual dos cidadãos.

Enquanto a democracia majoritária seria puramente procedimental, a democracia comunitária estabelece amarras a condições substantivas de legitimidade. Os membros de uma comunidade agem como parceiros quando, apesar das divergências, aceitam a obrigação de tratar os demais com igual consideração e respeito.

O jusfilósofo neozelandês Jeremy Waldron reprova o constitucionalismo contemporâneo, que insere direitos fundamentais na constituição e permite a invalidação de leis pelo Poder Judiciário, posicionando-se como defensor da democracia majoritária. Segundo Waldron:

A democracia exige que, quando houver desacordo em uma sociedade sobre um assunto em que uma decisão comum é necessária, cada homem e mulher a sociedade tem o direito de participar em igualdade de condições

na resolução desse desacordo. Os processos que isso envolve podem ser complexos e indiretos; podem haver estruturas envolvidas na eleição e representação, mas todos estão orientados, no final, para o mesmo ideal: a participação das pessoas - de alguma forma, através de algum mecanismo - em termos basicamente iguais. Isso significa que não pode haver democracia, a menos que o direito de participar seja respeitado.²⁹

Defensores de um modelo majoritário são geralmente contra a derrubada de decisões majoritárias pelos juízes e tribunais, sob dois argumentos centrais: inexistente qualquer razão para supor que os direitos sejam mais bem protegidos pela revisão judicial da legislação do que o seriam por legislaturas democráticas; por outro lado, a própria legitimidade da *judicial review*.

Das lições de Waldron, percebe-se que a *judicial review* não é uma resposta automática para os problemas referentes aos direitos individuais em contextos democráticos. Se a revisão judicial da legislação preserva (ao invés de depredar) o caráter democrático de uma comunidade, isso não é auto evidente e precisa ser demonstrado.³⁰

Dworkin defende que a *judicial review* é uma boa estratégia para promover a legitimidade do governo, na medida em que protege, por exemplo, a independência ética dos integrantes das minorias e, por decorrência, garante à maioria a autoridade moral de impor a sua vontade em outros assuntos.³¹ Por outro lado, contesta a premissa de Waldron de que a decisão majoritária possa ser considerada um princípio geral de justiça procedimental. Primeiro, porque a significância moral da maioria depende diretamente da circunstância de esta ser a maioria de um grupo determinado, de ser a maioria da comunidade certa. Quer dizer: uma maioria de japoneses não tem qualquer poder moral sobre o óleo norueguês. Segundo, mesmo quando a comunidade é a certa, a regra majoritária pode não ser a mais justa, como no mencionado exemplo do bote salva-vidas superlotado. Enquanto para Waldron a contagem de votos é não só o método adequado para resolver o desacordo, mas também para, havendo divergência quanto à justiça deste método, escolher o método adequado de decisão, para Dworkin, essa resposta é insatisfatória. Primeiro,

²⁹ WALDRON, Jeremy. **The Constitutional Conception of Democracy.** Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em: 07 Jan. 2017.

³⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **As Condições Democráticas de Ronald Dworkin e o Instituto da Judicial Review.** In: *Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas* [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre, FMP, 2015, p. 218-219. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF>. Acesso em: 06 Jan. 2017.

³¹ MOTTA, Francisco José Borges. *Ibidem*, p. 211.

porque até um sorteio seria mais justo do que deixar, simplesmente, que a pessoa menos popular seja votada; segundo, porque, se há controvérsia sobre a justiça de um procedimento, não se pode automaticamente aplicar esse mesmo procedimento para resolver a questão. Para Dworkin, é uma questão de atitude, não de matemática: ela exige que a comunidade política divida o poder não de modo matemático, mas de uma maneira que trate as pessoas como iguais. A legitimidade das decisões coletivas depende do fato de estas terem observado, na sua construção, a igualdade de tratamento e a dignidade humana, não há boas razões para se apoiar a simples contagem de votos da premissa majoritária.³²

Afinal, a atribuição de poder aos juízes de desconsiderar a decisão da maioria e que foi traduzida em legislação por seus representantes é ou não antidemocrática?

Conforme escreveu Dworkin:

A democracia é um governo sujeito a condições – podemos chamá-las de condições democráticas – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas.³³

Nessa dimensão, os direitos fundamentais exercem na democracia uma função decisiva como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder.³⁴

Paradoxalmente, o caráter antidemocrático dos direitos fundamentais fica também evidenciado:

[...] aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário, que, embora inerente às democracias constitucionais (já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder.³⁵

³² MOTTA, Francisco José Borges. *Ibidem*, p. 219.

³³ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 26-27.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

³⁵ *Idem*. p. 61-62.

Vale dizer, os direitos fundamentais limitam o poder decisório dos agentes democraticamente investidos e, nesse sentido, os direitos fundamentais são democráticos e, paradoxalmente, antidemocráticos, uma vez que asseguram as liberdades ao mesmo tempo em que vinculam o legislador escolhido democraticamente, subtraindo da maioria o poder de decisão política.³⁶

Impõe-se considerar, portanto, que embora sejam essenciais à ideia de democracia, ao mesmo tempo os direitos fundamentais impedem que o legislador, mandatário da vontade popular, possa legislar sobre determinados assuntos, uma vez que está impedido de transpor os limites impostos pelos direitos fundamentais. Nesse contexto, os direitos fundamentais assumem um viés antidemocrático, pois estariam, justamente, contrariando a premissa democrática da vontade da maioria representada no parlamento. Por assim dizer, a vontade da maioria só é soberana quando se sujeita aos limites impostos pelos direitos fundamentais. Uma lei que afete direitos fundamentais, portanto, ainda que oriunda do processo legislativo democrático será eivada de inconstitucionalidade e dará origem à invalidação judicial (*judicial review*) da vontade dos representantes do povo.

2.2 Estado democrático de direito e a doutrina do *due process of law*

O Estado de Direito surgiu como superação do Estado absolutista, tendo como premissa o império da lei em substituição ao império da vontade monárquica. Essa forma de Estado é chamada de Estado Liberal, pois representa o avanço dos ideais burgueses de liberdade e igualdade oriundos da Revolução Francesa. Esse Estado de conteúdo ideológico liberal acabou produzindo ambiguidades com significações diversas, a partir de um pensamento de matriz kelseniana, em que o Direito se confunde com o direito positivo, ou seja, norma pura desvinculada de qualquer conteúdo, permitindo o surgimento de Estados com sistemas totalitários e aparente conformidade com o direito, cuja expressão mais emblemática é o Estado de Direito Nacional-Socialista, inspirado nos ideais fascistas sob a legitimação do estabelecimento de direitos sociais, a par dos direitos de liberdade ou individuais.

³⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição**. In: LEAL, Rogério Gesta; SPAREMBERGUER, Raquel. Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. p. 124-125. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/anais%20do%20i%20seminario%20nacional.pdf>. Acesso em 10 Jan. 2017.

Assim, o Estado Social de Direito substituiu o Estado Liberal de Direito, mas persistiu enclausurado na perspectiva meramente formal, dando origem a Estados de Direito ditatoriais:

Despida de qualquer conteúdo ideológico, a lei é por si legítima em qualquer Estado – quer se encontre sob um governo democrático, quer debaixo de uma ordem ditatorial. Essa contradição kelseniana é verificável empiricamente com a perversão do Estado de Direito pelo nacional-socialismo hitleriano: a norma, pura, havia de ser respeitada, uma vez que era uma legítima disposição que respondia às necessidades do órgão político que a promulgou.³⁷

O pós-guerra denunciou os abusos do Estado Nacional-Socialista e providenciou uma rápida revisão do modelo de Estado de Direito, sendo que a teoria do discurso habermasiana proporcionou a superação teórica do modelo vigente. Na democracia discursiva sugerida por Habermas não basta que as Constituições sejam elaboradas segundo práticas discursivas usuais, pois as instituições só têm razão de ser se tiverem sido elaboradas no interior de processos argumentativos livres de coação, acessíveis a todos os interessados e tendo como princípio norteador razões convincentes.³⁸

O Estado Democrático de Direito é o encontro da democracia com o Estado de Direito, em que o princípio democrático constitui o alicerce desse modelo, no qual a democracia não é meramente formal, baseando-se em três pressupostos materiais: juridicidade, constitucionalidade e o sistema de direitos fundamentais.³⁹ O Estado Democrático de Direito, portanto, consagra um Estado de Direito baseado no princípio democrático e no respeito aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, tendo por fundamento não a norma fundamental kelseniana, mas sim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir de sua conformação a um modelo de Estado Democrático de Direito e a adoção do princípio da dignidade humana como um de seus fundamentos, o Brasil comprometeu-se com o respeito aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Conforme esclarece Andrade⁴⁰, partir da Constituição de 1988,

³⁷ SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito**. São Paulo, IBCCRIM, 2000, p. 31-32.

³⁸ SILVA, Tadeu Antonio Dix. Op. Cit. p. 45-46.

³⁹ RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 76-78.

⁴⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Processo penal e democracia**. In: Justiça Criminal e Democracia II. André Vinícius de Almeida... [et ali]; coordenador Bruno Amaral Machado. São Paulo, Marcial Pons;

teve início no Brasil uma filtragem da legislação processual brasileira, a fim de retirar de nossa processualística toda norma ou prática que pudesse ferir as garantias e direitos fundamentais. Após essa primeira onda de adequação da legislação à Constituição Federal, teve início uma nova onda destinada a levar democracia ao processo penal, ou, mais especificamente, adequá-lo ao Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal inseriu o devido processo legal entre os direitos fundamentais, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade e dos seus bens sem o devido processo legal”.⁴¹ A expressão devido processo equivale a *due process of law*, retirada do direito anglo-saxônico, onde é considerada um sistema de limitações ao poder, especificamente “contra a privação arbitrária da vida, da liberdade ou da propriedade”.⁴²

Segundo Neto⁴³, a expressão *due process of law* foi cunhada no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, editado em 1354, durante o reinado de Eduardo III, em substituição ao texto do art. 39 (*law of the land*), correspondente à expressão *per legem terrae*, constante na Magna Carta de 1215, e começou a ser aplicada com vigor no direito norte-americano a partir dos casos Murray e Hurtado, quando os tribunais passaram a considerar que uma norma processual é conforme a cláusula quando não vulnera nenhuma das outras garantias processuais da constituição e não é aplicada contrariamente aos costumes e formas processuais adotados pela *common law*. Os casos *Marbury vs Madison* e *Slaughter-House*, por sua vez, abriram caminho para a *judicial review*, admitindo pela primeira vez o conceito de razoabilidade das leis. No início do Século XX, os tribunais americanos passaram a considerar o *due process of law* como garantia positiva a um processo,

Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2015, p. 150. É verdade que esse autor discorda dessa tendência de criação de uma proposição que “apresenta a estrutura do processo penal brasileiro como uma verdadeira vilã, frente à leitura que alguns fazem do que é ser democrático ou do que está ajustado do Estado Democrático de Direito” (p. 150), salientando que “os argumentos apresentados por um grupo significativo de autores – para que, na sua visão, haja uma perfeita adequação entre *processo penal e democracia* – não passam de uma reprodução de teorias e proposições anteriormente sustentadas sob o manto do garantismo ou constitucionalismo, e que já foram devidamente rechaçadas ao seu tempo. Estamos diante, portanto, de *mais do mesmo*, mas sob a invocação de outro rótulo (p. 180).

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º, LIV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 Mar. 2017.

⁴² NETO, José Cretella. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 41.

⁴³ Idem, p. 44.

informado por princípios superiores de justiça e de equidade, com base em interpretação renovada do conceito pela Suprema Corte.

O *due process of law* não se limita à garantia das formas processuais, mas à própria substância do processo, assim entendido na maior amplitude possível, abrangendo quaisquer procedimentos que possam violar direitos fundamentais.

Embora não exista, no direito norte-americano, uma divisão específica entre ampla defesa e contraditório, estes princípios são inerentes ao *procedural due process*, que constitui reflexo do *due process of law*. Segundo Barroso⁴⁴, a cláusula do devido processo legal, constante das Emendas 5 e 14, surgiu como uma garantia de natureza processual, compreendendo direitos à citação, ao contraditório, à assistência do advogado, a um juiz imparcial, dentre outros.

O artigo "*Some Kind of Hearing*", escrito pelo juiz Henry Friendly, criou uma lista de direitos básicos do devido processo legal, elencando os seguintes elementos essenciais de um processo judicial:

1. Um tribunal imparcial;
2. Aviso da ação proposta e dos fundamentos invocados;
3. Oportunidade de apresentar as razões pelas quais a ação proposta não deve ser tomada;
4. O direito de apresentar provas, incluindo o direito de chamar testemunhas;
5. O direito de conhecer evidências opostas;
6. O direito de interrogar testemunhas adversas;
7. Uma decisão baseada exclusivamente na evidência apresentada;
8. Oportunidade de ser representado por um advogado;
9. Exigência de que o tribunal prepare um registro das provas apresentadas;
10. Exigência de que o tribunal prepare conclusões escritas de fato e razões para sua decisão.⁴⁵

Em 1963, no famoso caso *Gideon vs. Wainwright*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, à unanimidade, pela imprescindibilidade da assistência de um defensor e que sua inobservância caracteriza desrespeito à Constituição, por

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2010. p. 21.

⁴⁵ STRAUSS, Peter. In: **Due Process**. Legal Information Institute. Cornell Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/due_process>. Acesso em: 12 Fev. 2017.

violar o *due process of law*⁴⁶, evidenciando que o direito de defesa é indissociável da garantia do devido processo legal.

O conceito ampliado de devido processo legal incorporou-se à Declaração dos Direitos do Homem de 1948 (artigos 10 e 11) e também ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 9º). No Brasil, o devido processo legal foi integrado ao texto da Constituição de 1988 como uma garantia de processo justo. Segundo Neto⁴⁷, as garantias que conduzem ao processo justo são as garantias do juiz natural (art. 5º, XXXVII) e do juiz competente (art. 5º, LIII), a da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV) além da fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX). De acordo com o mesmo autor, o *due process of law* desempenha a função de verdadeiro mega-princípio, pois permeia e coordena toda a complexa função jurisdicional do Estado.

A doutrina reconhece um duplo viés ao devido processo legal: em sentido processual, abrange as garantias de natureza processual; em sentido substantivo, definido pela exigência de que o processo esteja em harmonia com a proporcionalidade e a razoabilidade. Conforme esclarece Barroso:

A cláusula do devido processo legal, constante das Emendas 5 e 14, surgiu como uma garantia de natureza processual, compreendendo direitos à citação, ao contraditório, à assistência do advogado, a um juiz imparcial, dentre outros [...] Com o tempo, todavia, desenvolveu-se a ideia de devido processo legal substantivo, critério pelo qual a Suprema Corte passou a exercer um controle sobre a discricionariedade dos atos governamentais – legislativos e administrativos – admitindo a possibilidade de invalidá-los por falta de racionalidade ou de razoabilidade.⁴⁸

Sendo assim, a cláusula do *due process of law* tem um conteúdo material, protegendo de forma ampla o direito à vida, à liberdade e à propriedade, como um norteador da atividade do Estado, abrangendo também o direito à privacidade, à liberdade nos contratos, garantia ao direito adquirido, proibição de retroatividade da lei penal, garantias comerciais, tributárias, proteção do cidadão contra o preconceito racial e proteção dos direitos humanos e fundamentais.⁴⁹ Todavia, no direito brasileiro, em que a Constituição Federal estabelece proteção autônoma a essas

⁴⁶ NETO, José Cretella. *Ibidem*, p. 44.

⁴⁷ *Idem*. p. 46.

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2010. p. 21.

⁴⁹ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba, Juruá Editora, 2012. p. 33.

garantias, a cláusula assume uma conotação mais adequada ao sentido processual e restrita, abrangendo o direito do litigante à informação sobre os atos de governo, de administração e judiciais que lhe digam respeito, bem como o direito de, perante um Juiz imparcial, atuar ativamente para a obtenção de decisão favorável, deduzindo defesa, produzindo provas e contraprovas, inquirindo testemunhas, sempre assistido por um defensor.

Por fim, deve-se entender que o devido processo legal está direcionado a todos os ramos do direito, embora sua proeminência esteja ligada à atividade sancionatória do Estado, tanto no plano penal quanto extrapenal.

2.3 Princípios acusatório, contraditório e da ampla defesa: definições e distinções diante da instrumentalidade do processo

À já mencionada heterogeneidade dos direitos fundamentais ligam-se as dificuldades de efetivação desses direitos, já que, segundo Bobbio⁵⁰, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los⁵¹, pois “não se trata tanto de buscar outras razões, ou mesmo (como querem os Jusnaturalistas redivivos), a razão das razões, mas de por as condições para uma mais ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados”.⁵²

Nesse sentido, enquanto no plano do Direito material verificam-se movimentos que tendem a intensificar a intervenção estatal, no mais das vezes por meio de novas tipologias e medidas sancionatórias, no plano do Direito processual intensifica-se uma visão garantidora de direitos do acusado no escopo de preservar intenções humanitárias consagradas nos tratados internacionais de direitos humanos, estabelecendo intermináveis debates entre os juristas pátrios sobre as novas diretrizes processuais, sempre entendendo o processo como um instrumento de pacificação dos conflitos, como se percebe, ad exemplum, nas considerações assentadas por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit. p. 15.

⁵¹ Bobbio contesta a tese de que existam direitos fundamentais por natureza, pois, segundo ele, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”, sendo que “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”. In: **A Era dos Direitos**. Op. Cit. p. 12.

⁵² BOBBIO, Norbert. **A Era dos Direitos**. Op. Cit. p. 14.

Rangel Dinamarco⁵³, quando afirmam que toda a atividade jurídica do Estado visa a um escopo maior, que é a pacificação social:

O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.⁵⁴

O processo penal constitui, portanto, instrumento de paz social, sendo este seu desiderato substancial. Para tanto, deve pautar-se pela adoção de instrumentos realmente efetivos, que possibilitem ao Estado oferecer aos cidadãos condições de solução justa, estável e célere para as questões que mais atormentam o convívio harmônico almejado por todos. Prosseguem citados autores asseverando que a instrumentalidade do processo impõe a necessidade de existir uma estreita relação entre o sistema processual, a ordem jurídico-material, o mundo das pessoas e o Estado. Aqui reside o sentido positivo da instrumentalidade do processo, que deve ser efetivo e eficaz nas suas funções. Assim, falar da instrumentalidade nesse sentido positivo é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”.⁵⁵

Nesse contexto, observam-se movimentos que sinalizam com acerto, substancialmente, no sentido da busca da necessária instrumentalidade do processo penal, visando a proporcionar resultados concretos em sociedade, não sendo suficiente a função clássica que o caracterizava tão somente como instrumento formal de aplicação do direito material. As grandes questões da criminalidade moderna, acentuada e aperfeiçoada, exigem que o processo penal se torne instrumento de transformação social, assumindo, em outras palavras, uma função

⁵³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p.41.

⁵⁴ Idem, p. 41.

⁵⁵ Idem, p. 41-42.

política e proativa. Não basta mais ao processo penal esgotar-se em si mesmo, devendo constituir-se em um meio para a realização de determinados fins.

Consoante Capelletti⁵⁶, o direito processual não é na verdade um fim em si mesmo, senão instrumento para a tutela do direito substancial, público ou privado. Trata-se de ciência que está a serviço do direito substancial, garantindo-lhe a efetividade, sua observância. Quando violado o Direito material, o processo assegura a sua reintegração.

Sobre o tema, Machado⁵⁷ professa a necessidade indissociável de o jurista buscar, por meio do processo penal, a superação de formalismos e a efetividade que traduza o anseio social pela busca da justiça.

Em suma, a instrumentalidade, enquanto metodologia processual significa que todo o saber/fazer do processualista deve estar voltado para a efetividade do processo, ou seja, para a superação dos formalismos de modo que o processo judicial possa produzir resultados concretos nos seus objetivos de permitir a aplicação do direito material e de proporcionar a todos os indivíduos uma participação real na distribuição da justiça.

Daí a relevância de serem garantidos constitucionalmente diversos princípios basilares para assegurar este status. Alguns deles, postulados históricos que desde longa data permeiam o processo penal, a exemplo do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, dentre outros. Mas, quando analisada a realidade em que as diversas sociedades ocidentais vêm enfrentando os problemas atinentes à conjuntura criminal, diversos postulados vêm sendo erigidos à condição de novos princípios ou mesmo regras para, junto com os demais, colmatarem a estrutura teórica hodierna do direito processual penal, conduzindo-o à necessária efetividade concreta.

Em tema de princípios, não há como assegurar o *due process of law* sem a imparcialidade judicial, a qual, segundo Bovino⁵⁸, é “identificável com a essência mesma do conceito de juiz num Estado de direito”, estando, pois, inexoravelmente ligada ao princípio acusatório, assim entendido, no aspecto formal, segundo o mesmo autor, como “o desdobramento das funções de acusar e de julgar em dois

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires, Europa-América, 1974, p. 5-6.

⁵⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 93.

⁵⁸ BOVINO, Alberto. **Los principios políticos del procedimiento penal**. 1 a ed. 1ª reimp. A Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 45.

órgãos estatais diferentes. O princípio acusatório não seria suficiente para separar as funções acusatórias e decisórias se não se assegurasse uma efetiva separação entre Ministério Público e Poder Judiciário”.⁵⁹

O problema da separação entre as funções do juiz e do acusador foi sentida em nossa história recente, diante da reforma processual penal de 2008, que mobilizou drasticamente os pensadores e os tribunais da república, alterando diversos dispositivos codificados, entre eles o art. 212 do Código de Processo Penal, ao estabelecer um papel complementar do juiz na inquirição das testemunhas. O mesmo questionamento emerge do instituto da prisão preventiva, quanto à possibilidade ou não de o juiz decretar a medida extrema de ofício ao homologar a prisão em flagrante.

Ambas as situações retratam na exata medida a indefinição existente sobre os papéis do acusador e do julgador no processo penal, bem como o quanto é legítimo ao juiz criminal agir de ofício no Estado democrático de direito, sem malferir a imparcialidade e conseqüentemente do devido processo legal.

Outros dispositivos de nosso sistema processual seguramente estão aptos a reforçar a problemática, como a possibilidade de produção de provas de ofício (CPP, art. 209), a discordância como o pedido de arquivamento (CPP, art. 28) e a possibilidade de condenação quando o Ministério Público pede a absolvição (CPP, art. 385). Tais dispositivos distanciam o processo penal brasileiro do princípio acusatório, o qual, não obstante, é um dos alicerces do processo penal moderno. Consoante anotam Claus Roxin, Gunter Arzt e Klaus Tiedemann:

É característica do processo penal hodierno uma divisão de funções entre Ministério Público, Polícia e Tribunal. A separação entre o órgão que conduz as investigações (Ministério Público e polícia) e o órgão julgador evita, em grande medida, o risco da imparcialidade no momento do julgamento (antes “processo inquisitório reformado”). Ao mesmo tempo, a existência de autoridades acusatórias com autonomia institucional e funcional conduz ao “princípio da acusação” (Anklageprinzip ou Akkusationsprinzip) segundo o qual o juiz não age espontaneamente, mas apenas mediante denúncia. A abertura de uma investigação judicial é condicionada pela propositura da ação (§ 151 do CPP alemão).⁶⁰

É verdade, porém, que de nada adiantaria a mera separação entre a acusação e o juiz se o Estado pudesse proferir uma decisão à revelia da pessoa

⁵⁹ BOVINO, Alberto. Op. Cit. p. 37.

⁶⁰ ROXIN, Claus; ARTZ, Gunter; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 204.

acusada e sem que esta pudesse expressar uma contraposição à pretensão punitiva do Estado. Em outras palavras, a separação dos poderes entre os órgãos encarregados da acusação e do julgamento não garante, por si só, as exigências do devido processo legal. Portanto, é o princípio do contraditório que confere ao processo as condições democráticas de realização dos direitos fundamentais.

Fixar o conteúdo preciso do princípio do contraditório é tarefa que pressupõe alguma margem de imprecisão em face de outros princípios que caminham em paralelo, como o devido processo legal, a ampla defesa, igualdade processual, paridade de armas etc. O contraditório consiste, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los, ficando evidenciado que o contraditório pressupõe a existência de partes, pelo quê, em princípio, só tem sentido lógico num processo de estrutura acusatória.⁶¹ Conforme registra Rovegno:

A existência de duas partes digladiando-se perante um órgão julgador imparcial, a necessidade de que ambas sejam ouvidas, a possibilidade conferida a elas de arazoarem seus pedidos e impugnam os adventos, tudo conduzindo a uma decisão final do julgador – que não pode desprezar as alegações das partes, antes tem que se estruturar sobre elas -, faz com que a doutrina aponte a natureza dialética do processo acusatório, que se estrutura sobre o movimento (bilateral) de oposição constante das partes.⁶²

O mesmo autor aponta que esse movimento dialético faz com que o processo de natureza acusatória tenha mais possibilidade de conduzir a uma decisão justa e adequada, na medida em que cada um dos litigantes leva ao processo apenas os fatos que o beneficiam e assim, pode-se dizer, metade do litígio, de modo que ambos levam ao processo o litígio inteiro, conferindo-se ao processo uma natureza colaboracionista, em que a ação de cada parte, no afã de bem demonstrar os argumentos e razões que lhe são favoráveis, resulta por municiar o juiz com dados amplificados e desejáveis para a sentença mais acertada possível.⁶³

O contraditório implica que cada uma das partes seja informada de todos os acontecimentos do processo, conferindo-lhe a oportunidade de manifestação. Conforme Andrade⁶⁴, em sua definição clássica, o princípio do contraditório era encarado como um dever do juiz de informar, anteriormente ao julgamento da causa,

⁶¹ ROVEGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas, Bookseller, 2005. p. 247-248.

⁶² Ibidem, p. 249-250.

⁶³ Ibidem, p. 250.

⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba, Juruá, 2013, p. 130.

o réu sobre a existência de uma acusação, a fim de que pudesse rebater as afirmações nela expostas. Modernamente, contudo, passou a ser definido como um dever judicial de informar as partes sobre a existência de questões que possam ser prejudicial tanto aos interesses do acusado, como aos interesses do próprio acusador, para que esse mesmo juiz possa se pronunciar.

A Constituição Federal compilou num só artigo o contraditório e a ampla defesa, na medida em que o art. 5º, LV, da Constituição Federal estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A fórmula adotada pelo legislador constituinte acaba por contribuir com a inadvertida equiparação entre essas garantias por setores da doutrina que não atentam para o fato de que o princípio do contraditório é somente um dos princípios que fazem parte do direito de defesa ou um meio para seu exercício.⁶⁵

José Cretella Neto⁶⁶ sustenta que o contraditório e a ampla defesa relacionam-se intimamente com o tratamento isonômico das partes no processo, que lhes assegura igualdade de oportunidades de participação em todas as fases, absolutamente imprescindível para a defesa dos direitos em juízo, sendo que o direito de ação encontra equivalente no direito de defesa, diferindo apenas na tomada de iniciativa para desencadear o processo. Segundo o mesmo autor, contudo, é imperioso distinguir os dois princípios, pois um é mais abrangente que o outro: a defesa contém a contradição, mas não se reduz somente a ela.

Embora seja aceitável a ideia de que “o contraditório é constituído por dois elementos, quais sejam, informação e reação (esta, meramente possibilitada, no caso de direitos disponíveis)”⁶⁷, não se pode confundir a ideia de reação com a ideia de ampla defesa. Enquanto a reação, como elemento do contraditório, é prerrogativa ao alcance de qualquer uma das partes em relação à outra, a ampla defesa constitui prerrogativa com titularidade⁶⁸ específica, qual seja, o acusado.

⁶⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Op. Cit. p. 133.

⁶⁶ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2006. p. 64.

⁶⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987. p. 26.

⁶⁸ SARLET afirma que “[...] a determinação da titularidade de direitos fundamentais independe da distinção entre titularidade e capacidade jurídica e não pode ocorrer de modo prévio para os direitos fundamentais em geral, mas reclama identificação individualizada, à luz de cada norma de direito fundamental e das circunstâncias do caso concreto e de quem figura nos polos da relação jurídica.”

Não há dúvida, portanto, da importância de que as garantias de defesa e de contraditório fiquem bem delineadas e delimitadas, pois, a despeito de pertencerem ao mesmo dispositivo constitucional, constituem garantias distintas no panorama de um processo penal de matriz acusatória no qual se busca a instrumentalidade como premissa para efetivação dos direitos fundamentais dos acusados e litigantes em geral.

2.4 A garantia de defesa como direito fundamental

Há consenso de que o reconhecimento e implementação dos direitos humanos é fundamento do Estado Democrático de Direito e é notadamente no plano das políticas públicas e nas decisões judiciais que os direitos humanos se efetivam e se incorporam à cidadania, o que torna exigível que os atos administrativos e processuais estejam legitimados pelo respeito aos direitos humanos, pondo em evidência o devido processo legal e as respectivas garantias, entre as quais se destaca a ampla defesa e os recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). Conforme Oliveira:

Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, a atual ordem constitucional não deixa margem a dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito, e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, posto como fundamentais na ordenação constitucional.⁶⁹

Não há dúvida de que o direito de defesa constitui direito fundamental, pois sua origem está associada ao *due process of law*, instituído nas primeiras declarações de direito inglesas⁷⁰, integrando, portanto, o rol dos direitos de primeira geração. Segundo Sarlet⁷¹, tal ordem de direitos fundamentais constitui o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho

(SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 210.).

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 35.

⁷⁰ A expressão *due process of law* foi cunhada no *Statute of Westminster of the Liberties of London* (1354), em substituição ao texto do art. 39 (*law of the land*), correspondente à expressão *per legem terrae*, constante na Magna Carta de 1215.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. p. 46-47.

individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder, sendo assim direitos de cunho negativo ou de oposição perante o Estado. Além dos direitos de notória inspiração jusnaturalista, como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante à lei, também o direito de igualdade e algumas garantias processuais, como o devido processo legal, habeas corpus e direito de petição se enquadram nessa categoria.

O direito de defesa está consagrado na Constituição brasileira e em outras constituições, como a argentina⁷², mexicana⁷³, chilena⁷⁴, e mesmo em estados de concepções democráticas questionáveis, como Cuba⁷⁵ e Venezuela⁷⁶. No sistema jurídico de viés anglo-saxão, o direito de defesa é inerente ao *duo process of law*, previsto constitucionalmente nas emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos da América.⁷⁷

⁷² ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina**. Art.18: “[...] é inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos” (tradução livre). Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 19 Mar. 2017.

⁷³ MEXICO. **Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos**. O Art. 20, B, VIII estabelece que a pessoa imputada “Terá direito a uma defesa adequada por advogado, ao qual escolherá livremente inclusive desde o momento da sua prisão. Se não quer ou não pode constituir advogado depois de ter sido instado a fazê-lo, ser-lhe-á designado um defensor público. Também terá direito a que seu defensor compareça a todos os atos do processo e este terá obrigação de fazê-lo tantas vezes que requeira” (tradução livre). Disponível em: <<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>>. Acesso em: 19 Mar. 2017.

⁷⁴ CHILE. **Constituição Política da República do Chile**. Art. 3º: “Toda pessoa tem direito a defesa jurídica na forma que a lei assinala e nenhuma autoridade ou indivíduo poderá impedir, restringir ou perturbar a devida intervenção do advogado, se tiver sido requerida...” (Tradução livre). Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf>. Acesso em: 19 Mar. 2107.

⁷⁵ CUBA. **Constituição da República de Cuba**. Art. 59: “Ninguém pode ser processado nem condenado senão por tribunal competente em virtude de leis anteriores ao delito e com as formalidades e garantias que estas estabelecem. Todo acusado tem direito a defesa” (tradução livre). Disponível em: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em: 19 Mar. 2017.

⁷⁶ VENEZUELA. **Constituição da República Bolivariana de Venezuela**. Art. 41, 1: “A defesa e a assistência jurídica são direitos invioláveis em todo estado e grau da investigação e do processo. Toda pessoa tem direito a ser motivada dos fatos pelos quais é investigada e de acessar as provas e dispor de tempo e dos meios adequados para exercer sua defesa” (tradução livre). Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em 19 Mar. 2017.

⁷⁷ EUA. **EMENDA V (1791)**: “Ninguém pode ser responsabilizado por um crime capital, ou outro crime infame, a não ser por apresentação ou acusação de um Grande Júri, exceto nos casos que ocorram nas forças armadas, quando em serviço efetivo, em tempo de Guerra ou perigo público; Nem será submetido, para o mesmo delito, duas vezes a perigo de vida ou membro; Nem será obrigado, em nenhum caso criminal, a ser uma testemunha contra si mesmo, nem ser privado de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; Nem a propriedade privada deve ser tomada para uso público, sem justa compensação (tradução livre).”

EMENDA XIV (1868): Seção 1. “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum

O direito de defesa constitui uma concepção antiga da história da humanidade, encontrado tanto nos evangelhos⁷⁸, quanto no aforisma latino *nemo inauditus damnari potest*, tendo sido positivado no direito inglês pela Magna Carta, de 1215.

Segundo Mendes⁷⁹, trata-se de garantia que contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos e que não se resume a um simples direito de manifestação no processo e sim uma *pretensão à tutela jurídica*, abrangendo os seguintes direitos:

- direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

- direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

- direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmeereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.⁸⁰

Conforme assinalado por Rovegno⁸¹, o princípio da ampla defesa é um aglutinado de ideias, máximas e proposições, que foram sendo erigidas, ao longo dos últimos séculos, com a finalidade de permitir que *ius libertatis* encontrasse completa proteção diante a persecução penal estatal, enfatizando como aspectos assegurados não só o direito à produção de prova, mas de autodefesa e defesa

Estado fará ou aplicará qualquer lei que abranja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; Nem qualquer Estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; Nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis” (tradução livre). Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_5_1791>. Acesso em: 21 Jan. 2017.

⁷⁸ BIBLIA SAGRADA. “Por ventura condena a nossa lei um homem sem primeiro o ouvir e ter conhecimento do que faz?” (João, 7,51). **Bíblia Online**. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/jo/7/51>>. Acesso em 21 Jan. 2017.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 167-168.

⁸⁰ Este direito corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles dar atenção (*Beachtungspflicht*), podendo-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*), sendo que disso deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218). (MENDES, *ibidem*, p. 168.).

⁸¹ ROVEGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas, Bookseller, 2005. p. 268.

técnica, assistência jurídica integral e gratuita, observância da ordem de manifestação no processo, sempre falando por último,⁸² a existência de acusação clara e precisa, a plena possibilidade de apresentar alegações e dados fáticos contra a acusação, a possibilidade de acompanhar a prova produzida, a possibilidade de recorrer, a concessão de tempo e meios adequados para a preparação da defesa e, por fim, o direito de não ser obrigado a depor contra si.⁸³

Por se tratar de um direito fundamental, o direito de defesa não é garantia vigente apenas em relação aos processos criminais, devendo ser observada em todo e qualquer procedimento judicial ou administrativo. Todavia, é no processo penal que o direito de defesa encontra sua máxima expressão, na medida em que constitui garantia vinculada à liberdade pessoal. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, estabelece que a violação desse direito no âmbito processual penal pode constituir nulidade absoluta, conforme se depreende da Súmula 523, segundo a qual a falta de defesa, no processo penal, constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu, havendo situações em que a deficiência da defesa é tão dramática que se equipara a inexistência.⁸⁴

Importante considerar, ainda, que no Brasil o direito fundamental de defesa está duplamente contemplado constitucionalmente em dimensões e disposições distintas. Para os litigantes em geral, sob a denominação de ampla defesa (CF, art. 5º, LV), e para as pessoas submetidas a julgamento pelo Tribunal do Júri, sob a designação de plenitude de defesa (CF, art. 5º, XXXVIII, a). Com isso, a Constituição não só reforça a ideia de garantir aos acusados o direito de defesa, como faz dela algo que será disponibilizado e exercido com intensidades distintas, dependendo-se do foro em que se encontre a acusação. Haverá defesa ampla, com os recursos a ela inerentes, nos processos criminais em geral, e haverá defesa plena e, portanto, mais do que ampla, nos processos em tramitação perante o Tribunal do Júri.

Dessa dupla configuração constitucional da garantia de defesa emergem questionamentos que dizem respeito, basicamente, ao alcance da defesa ampla e da defesa plena e suas repercussões no também fundamental direito de liberdade.

⁸² Com ressalva expressa no artigo 468 do Código de Processo Penal, o qual prevê que a defesa exerça, antes da acusação, o direito de recusar um jurado imotivadamente.

⁸³ ROVEGNO, André. Op. cit., p. 270.

⁸⁴ BRASIL. STF. **HC 82.672-5/RJ**. Conforme assentado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, no HC 82.672-5/RJ. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393050>>. Acesso em: 08 Abr. 2017.

2.5 Colisão de direitos fundamentais em face do direito de defesa

No Estado Constitucional do pós-guerra, diante dos abusos do nazismo amparados pelo Direito de cunho nacional-socialista, a comunidade jurídica internacional adotou o pós-positivismo e recuperou a dimensão ética do direito, trazendo uma dicotomia entre princípios e regras.⁸⁵

A esse movimento somou-se a crise da hermenêutica jurídica⁸⁶ tradicional, estruturada a partir da ideologia liberal da separação dos poderes, que influenciou Savigny na criação dos métodos tradicionais de interpretação, quais sejam, gramatical, histórico, lógico, sistemático e teleológico. As novas concepções entendem que o intérprete está inserido num contexto histórico, político, social e tem sua própria pré-compreensão, que não pode ser ignorada na busca da interpretação da lei, com destaque para o pensamento de Hans-Georg Gadamer, que desenvolve o método hermenêutico-organizador, pelo qual a compreensão não reflete um processo subjetivo do intérprete frente a um objeto, mas sim trata-se do próprio modo de ser do homem, sendo a compreensão o resultado de um diálogo entre o intérprete e o texto, sendo condicionada por preconceitos e pré-juízos.⁸⁷

A hermenêutica evidenciou a insuficiência do modelo tradicional de interpretação, revelando que a compreensão se funda na práxis da vida⁸⁸ e em conformidade com determinados momentos históricos e culturais. Para a hermenêutica, o processo de interpretação dos textos tem na pré-compreensão o seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico, refletindo, nesse sentido, a experiência conflituosa vivida pelo intérprete. A decisão judicial é resultado desse conflito, que envolve as

⁸⁵ Sobre o panorama da evolução da distinção entre princípios e regras: ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10ª edição. São Paulo, Malheiros, 2009. p. 35-40.

⁸⁶ Lênio Luiz Streck denuncia a existência de uma crise de dupla face - de um lado no modelo de direito que se encontra despreparado para atender conflitos supra individuais, já que se apoia num modelo liberal-individualista do direito; de outro lado, a crise dos paradigmas aristotélico-tomistas e da filosofia da consciência que torna o direito refém do esquema sujeito-objeto – defendendo uma concepção hermenêutica que jurídica que, “ultrapassando concepções metafísico-ontológicas, assumo seu papel de (inter)mediação e, portanto, de produção/construção/adjudicação de sentido”. (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Constitucional e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica na construção do direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 260.).

⁸⁷ COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. **A nova concepção de hermenêutica constitucional**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 23, vol. 91, abr-jun. São Paul, Revista dos Tribunais, 2015. p. 160-161.

⁸⁸ SCHROTH, Ulrich. **Hermenêutica filosófica e jurídica**. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 385, p. 385.

palavras da lei e os antecedentes judiciais; a figura delitiva que se imputa; as interpretações elaboradas pelas partes em conflito; as regras processuais; as expectativas de justiça existentes na sociedade; as convicções do próprio juiz que podem ser decisivas, como preceitos de ética religiosa ou social; esquemas doutrinários em voga ou instâncias de ordem política.⁸⁹

Como resultado dessa concepção, interpretar é muito mais dar sentido do que extrair sentido das normas, já que o intérprete não interpreta apenas os textos, mas os fatos em conjunto com os textos.⁹⁰ Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, de modo que normas são o resultado da interpretação.⁹¹

Conforme Gavião Filho⁹², o conceito semântico de norma pressupõe, ainda, a distinção entre norma (*Norm*) e proposição normativa (*Normsatz*), sendo que a norma é o significado ou a unidade de sentido da proposição normativa que, por seu lado, é o conjunto de signos linguísticos contido em uma disposição de direito fundamental que estabelece que algo está ordenado, proibido ou permitido, ou que atribui a alguém uma competência de direito fundamental. As normas de direitos fundamentais não são apenas aquelas diretamente expressadas pelas disposições de direitos fundamentais, mas também aquelas que podem ser formuladas a partir da abertura semântica das expressões integrantes da proposição normativa de direito fundamental. Partindo da premissa de que toda norma será uma regra ou um princípio, o mesmo autor enfatiza que o modelo de sistema jurídico do Estado de Direito constitucional democrático não pode ser outro senão um modelo de regras e de princípios, no qual as normas de direitos fundamentais são identificadas como princípios ou como regras:

A compreensão de que o sistema de normas jurídicas é um modelo de princípios e de regras é o ponto de partida para a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios, que ordenam que algo seja alcançado na melhor medida do possível, cumpridos em diferentes graus, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. O resultado é que os direitos

⁸⁹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. Ed. São Paulo, Malheiros, 2009. p. 41-42.

⁹⁰ BUCCI, Eduardo Sadalla. **A Jurisdição Constitucional e a Contextualização do Texto da Constituição Federal de 1988: Mutação Constitucional**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 22, vol. 87, abr-jun. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014. p. 218.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10^a edi o. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

⁹² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumenta o e pondera o**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011. p. 34-35.

fundamentais são passíveis de colisão e de ponderações, configurando posições fundamentais jurídicas definitivas *prima facie*.

[...]

A compreensão do sistema de normas jurídicas como um modelo de regras e princípios permite a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios ou como regras. É que as normas de direitos fundamentais apresentam um caráter duplo e podem ser identificadas como princípios ou como regras. Uma norma de direito fundamental pode ser uma regra, um princípio ou pode ser apresentada de forma tal que reúna um princípio e uma regra. Neste último caso, a norma apresenta um caráter duplo na medida em que reúne um princípio e uma regra. É o que ocorre quando na formulação da norma de direito fundamental é incluída uma cláusula restritiva como um princípio sujeito à ponderação com outros princípios. Quando a norma de direito fundamental é uma regra, ela pode ser aplicada pela subsunção, sem necessidade de ponderação com outra norma. Quando, contudo, a norma de direito fundamental é um princípio, coloca-se a questão da sua aplicação mediante ponderação e da justificação da decisão judicial da ponderação da mesma.⁹³

Robert Alexy elaborou sua Teoria dos Direitos Fundamentais com o objetivo de analisar os direitos fundamentais sobre três dimensões ou atributos: uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, uma teoria jurídica e uma teoria geral⁹⁴, devendo a ciência jurídica combinar essas três dimensões se quiser cumprir sua tarefa prática de forma racional⁹⁵, sendo que existe estreita conexão entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental, pois sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito⁹⁶. Para tratar da estrutura da norma de direito fundamental, é indispensável estabelecer a distinção entre regras e princípios, as quais nada mais são do que espécies de normas, segundo Alexy:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.⁹⁷

O principal critério para distinção entre regra e princípio é o da generalidade. Enquanto princípios tem um grau alto de generalidade, o grau de generalidade das regras é baixo. Alexy aponta ainda outros critérios, como “a determinabilidade dos

⁹³ Ibidem, p. 29-33.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva DA 5ª ed. Alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 31.

⁹⁵ Ibidem, p. 37.

⁹⁶ Ibidem, p. 50.

⁹⁷ Ibidem, p. 87.

casos de aplicação”, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema, a importância para a ordem jurídica ou normas de argumentação e normas de comportamento.⁹⁸

Partindo da premissa de que toda norma é uma regra ou um princípio, a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau, pois enquanto princípios são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados determinados pelas possibilidades fáticas e jurídicas, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, contendo determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, com a consequência de se fazer exatamente o que uma regra exige, nem mais, nem menos.⁹⁹ Princípios, ao contrário das regras, não tem um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, devendo ser cumpridos na maior medida do possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, isto é, princípios são sempre *prima facie* e regras são sempre definitivas, se não houver estabelecimento de alguma exceção. Segundo Dworkin, as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, enquanto os princípios não determinam uma decisão obrigatória a ser tomada, apresentando uma dimensão de peso que não aparece nas regras.¹⁰⁰

Ganha importância, nesse passo, a questão das colisões entre direitos fundamentais, pois uma Constituição com um catálogo de direitos fundamentais é o que basta para que existam colisões de direitos fundamentais. Colisão de direitos fundamentais não é outra coisa do que a colisão de princípios.¹⁰¹ Enquanto um conflito entre regras é solucionado introduzindo-se, em uma das regras, uma exceção que elimine o conflito, ou mediante a declaração de invalidade de uma das regras, a colisão entre princípios é resolvida de forma totalmente distinta, pois nesse caso um dos princípios deve ceder diante do outro, prevalecendo o princípio com maior peso, adotando-se, portanto, um critério de ponderação. Conforme esclarece Gavião Filho:

⁹⁸ Ibidem, p. 89.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva DA 5ª ed. Alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 90-91.

¹⁰⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 30.

¹⁰¹ Ibidem, p.30.

No caso de uma colisão de dois princípios, aquele que apresenta um peso relativamente maior supera o outro, de peso menor, constituindo fundamento para a decisão judicial. Isso, contudo, não significa que o princípio de menor peso seja inválido e, por força disso, deva ser despedido do ordenamento jurídico.¹⁰²

Segundo o mesmo autor, princípios colidem com outros princípios e, por isso, a forma típica de aplicação dos princípios é a ponderação. Nada obsta, noutra ótica, a colisão entre regras, o qual somente pode ser solucionado, conforme Alexy,¹⁰³ se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.

Na medida em que um direito fundamental pode ser uma regra ou um princípio, sujeitando-se a colisões inerentes ao catálogo de direitos fundamentais, então o direito de defesa, como direito fundamental, também está sujeito às colisões inerentes ao sistema constitucional brasileiro. Uma dessas colisões, ao menos aparentemente, está presente na distinção constitucional entre os princípios da “ampla defesa” e da “plenitude de defesa”. Com efeito, ao consagrar o direito de defesa como direito fundamental, o constituinte o posicionou em dois princípios distintos da Lei Fundamental brasileira, ambos no art. 5º, a saber:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
 a) a plenitude de defesa;
 [...]
 LV - 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;¹⁰⁴

Portanto, o direito fundamental de defesa está constitucionalmente garantido de duas formas: como defesa ampla para os acusados em geral e como defesa plena para os acusados perante o Tribunal do Júri. O presente trabalho pretende, primeiramente, estabelecer a distinção entre tais princípios constitucionais, cujo alcance normativo é aparentemente distinto, apesar de constituírem expressões do mesmo direito fundamental de defesa. É mister verificar se há ou não autonomia entre tais garantias ou se uma é simplesmente a repetição da outra com nome diverso.

¹⁰² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Ibidem*, p.30.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 5ª ed. Alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 92.

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 Mar. 2017.

Partindo-se do pressuposto de que o constituinte atribuiu denominações distintas e topografia diversa, é porque realmente pretendia distinguir. De modo preliminar, a posição corrente na doutrina é no sentido de que se está a tratar de coisas distintas:

[...] a plenitude de defesa configura, em relação à ampla defesa, um plus, um requinte, uma especialidade, dada a importância que suscita na vida prática do Direito (nulidades), em especial na seara do Júri.

A plenitude de defesa está para o Direito Natural, perfeito, não precário, ilimitado, irrestrito, inquestionavelmente este o seu estandarte no ordenamento jurídico nacional; enquanto que a amplitude de defesa está para o Direito Positivo, imperfeito, limitado, precário, restrito, eis a sua posição na ordem jurídica pátria, isto é, está limitada "aos meios e recursos a ela inerentes.

Por essa razão, nos posicionamos no sentido de que a amplitude de defesa pode ser tão grande quanto ampla ela seja, conquanto não abranja o todo: se abarcar o todo deixa de ser ampla e passa a ser plena [...].¹⁰⁵

Portanto, a existência de dois princípios aparentemente relacionados ao mesmo direito fundamental com abrangências distintas traz à tona o problema da colisão de direitos, mormente se somarmos a isso a coexistência, ainda, dos princípios do contraditório e do devido processo legal.

Além da aparente colisão entre ampla defesa e plenitude de defesa, convém notar também as restrições impostas ao direito fundamental de defesa por normas processuais infraconstitucionais, como as que estão previstas nos artigos 478 e 479 do Código de Processo Penal. Referidos dispositivos legais restringem o direito de defesa por meio da proibição da utilização de argumentos e provas teoricamente lícitas. Com efeito, segundo a lei, é defeso às partes usarem, em seus argumentos durante os debates no Tribunal do Júri, referência aos termos da pronúncia, salvo quando relativo à questão de direito (inexistência de causa de aumento ou qualificadora, por exemplo)¹⁰⁶; bem como ao silêncio ou à ausência do acusado em plenário (art. 478), além de estabelecer a vedação de utilização de elementos de prova que não tenham sido juntadas com ciência da parte contrária pelo menos três dias antes do julgamento (art. 479).

¹⁰⁵ ALMEIDA, Roger Paulo Giaretta de. **Tribunal Do Júri: Ampla Defesa Diferente De Plenitude De Defesa – Novidade De Tese Na Tréplica – Possibilidade.** In: *Quaestio Juris*, vol.07, nº 01, Rio de Janeiro, 2014. p. 26-46. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/10808/8408>>. Acesso em: 03 Abr. 2017.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 19 ed. ver. E atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 748.

Diante disso, impõe-se investigar acerca da validade dessas restrições ao direito fundamental de defesa, notadamente porque tais regras atingem apenas um dos aspectos do direito de defesa, que é a plenitude, gerando uma aparente contradição: como uma defesa pode ser plena e ao mesmo tempo limitada?

Não há dúvida, portanto, que os artigos 478 e 479 constituem restrições ao direito fundamental de defesa, notadamente a plenitude de defesa. O problema da restrição a direitos fundamentais foi delineado por Robert Alexy no sentido de que uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição.¹⁰⁷

Cabe indagar, também, qual a influência da ampla defesa, que não sofre ditas restrições, no panorama processual em que a defesa é plena e ao mesmo tempo restrita. Ou seja, impõe-se considerar a existência ou não de colisão entre os direitos de defesa plena e de defesa ampla, bem como a existência de colisão entre as restrições impostas e o direito de defesa, buscando, a partir dessa constatação, identificar a forma de solução do conflito entre direitos, notadamente entre regras e princípios.

A partir dessas premissas, pretende-se buscar, na Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, bem como em outras fontes, as respostas necessárias à adequada compreensão jurídica tanto da aparente colisão entre ampla defesa e plenitude de defesa, bem como a superação da situação paradoxal exposta, vale repetir, a constatação de que o Direito brasileiro convive, ao menos no aspecto normativo, com a possibilidade contraditória de uma defesa a um só tempo plena e limitada.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo, Malheiros, 2006. p. 281.

3 AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NOS JULGAMENTOS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

O presente capítulo pretende contextualizar o júri em suas premissas históricas e jurídicas, tanto no Brasil, quanto em outras soberanias, abordando aspectos da sua configuração normativa a partir dos princípios constitucionais e diretrizes da lei ordinária, com ênfase no direito de defesa, constitucionalmente consagrado, e as restrições estabelecidas legalmente.

Primeiramente, será estabelecida uma resenha do júri, desde suas raízes clássicas, até seu aporte em solo brasileiro. Posteriormente, serão examinados sumariamente as principais características da Instituição em outros países, com destaque para os sistemas que mais influenciaram o delineamento do júri em nosso País: Inglaterra, Estados Unidos, França, Itália, Espanha e Portugal.

Em seguida será abordado o júri brasileiro a partir de sua natureza controvertida, bem como os aspectos normativos da Instituição em nível constitucional e infraconstitucional, salientando-se que, embora não seja objeto deste trabalho dissertar sobre aspectos procedimentais, uma análise superficial é necessária, com o escopo de oportunizar um vislumbre global do júri enquanto sistema normativo, formado, pois, de regras e princípios.

Finalmente, será pontuada a problemática do direito de defesa no júri e suas restrições, com as considerações preliminares alusivas à problemática em destaque na presente dissertação.

3.1 Aspectos históricos do Tribunal do Júri

Não há precisão sobre a origem do Tribunal do Júri na história da humanidade, pois há quem afirme que os antecedentes remotos encontram-se na lei mosaica ou no modelo judiciário ateniense, bem como nos *centeni* comitês dos antigos germanos ou, menos remotamente, *no tribunal de assises* de Luís, o Gordo, na França, no ano de 1.137.¹⁰⁸

¹⁰⁸ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. São Paulo, Atlas, 2015.

Segundo Tucci¹⁰⁹, o embrião do júri se encontra em Roma, no segundo período evolutivo do processo penal, qual seja, o processo acusatório, consubstanciado nas *quasteiones perpetuae*, apontando diversos pontos em comum com a moderna configuração do júri, tais como a forma de recrutamento dos cidadãos, denominação de jurados, formação do corpo de jurados por sorteio, existência de recusas imotivadas, método de votação secreta e objetiva, decisão por maioria de votos, soberania dos veredictos, peculiaridades de atuação do juiz-presidente etc.

Consistia esse modelo numa comissão de investigação composta por um magistrado (*praetor vel quaesitor*) e um corpo de jurados. Ao magistrado incumbia examinar a acusação, decidir pela competência, escolher os jurados, presidir as discussões e executar a sentença, enquanto os jurados eram escolhidos, primeiramente, entre os senadores, e posteriormente, em virtude da *lex Sempronia*, de 122 a.C., entre os cavaleiros, e, ao final, graças à *lex Aurelia*, datada de 70 a.C., também entre os tribunos. Seus nomes eram divididos em centúrias e colocados em uma urna, para serem então sorteados, podendo ser recusados pelos interessados.¹¹⁰

Os atenienses talvez tenham sido os primeiros a estabelecer um processo regular jurídico, sendo que o direito grego, através de seus tribunais formados por um júri composto de cidadãos comuns, cujo número chegava a várias centenas de pessoas, era a atividade que fazia parte do dia-a-dia da maioria das cidades gregas.

Na velha Roma do ano 50 antes de Cristo, os juízes eram escolhidos anualmente pelo pretor. Havia duas espécies de causas: as cíveis (ou privadas) e as criminais (ou públicas). Conforme esclarece Almeida:

Nos processos de natureza criminal, feita a respectiva investigação, o pretor organizava o júri constituído por jurados tirados à sorte da lista anual e devidamente juramentados, a cada um dos quais eram distribuídas três pequenas tabuas de madeira contendo, respectivamente, as letras A (absolvo), C (condeno) e NL (*non liquet*).

Por conseguinte, o voto de cada um dos jurados, consoante a sua convicção, era representado por uma dessas pequenas chapas de madeira. E assim a maioria poderia concluir por uma condenação (letra C), uma absolvição (letra A) ou pela necessidade de uma nova investigação (*non liquet*).¹¹¹

¹⁰⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri**: Estudo sobre a mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 15.

¹¹⁰ SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. **As Quaestiones Perpetuae**. Disponível em: <<http://www.scholz.adv.br/images/documento/2f5c721c76ad46719b73e9006e70cb24.pdf>>. Acesso em: 09 Dez. 2017.

¹¹¹ ALMEIDA, Dario Martins de. **O livro do jurado**. Coimbra, Livraria Almedina, 1977. p. 137.

Conforme esclarece Souza¹¹², enquanto na sociedade moderna a administração da justiça está nas mãos de juízes especializados, na Grécia antiga o trabalho era feito por cidadãos em tribunais populares. A *heliaia* era o tribunal responsável por todas as causas, à exceção dos crimes de sangue, que ficavam a cargo do areópago. Os integrantes do tribunal, chamados *heliastas*, eram sorteados anualmente entre os atenienses, chegando ao total de seis mil. As sessões de julgamento eram chamadas *dikasterias* e os componentes do júri chamavam-se *dikastas*, que eram apenas cidadãos exercendo um serviço público oficial e sua função se aproximava à de um jurado moderno. A apresentação do caso era feita assim aos *dikastas* e não havia juiz, pois o magistrado tinha apenas o papel de presidir o julgamento. O número de *dikastas* era de centenas e variável, por exemplo, de 201 a 501, sendo sempre ímpar a fim de evitar empate. A decisão era tomada logo após os debates, sem deliberação, por maioria de votos.

Entre os que defendem a origem inglesa da instituição, Gilissen¹¹³ sustenta que o nascimento do júri em matéria judiciária não está na prática do inquérito carolíngio ou no direito dos primeiros reis anglo-normandos, remontando, isto sim, à época da *Common Law*, aparecendo com Henrique II (1154-1189). O júri surgiu como um conjunto de medidas destinadas a lutar contra os ordálios ou juízos de Deus, durante o governo de Henrique II, o qual instituiu, em 1166, o *novel disseisin*, um *writ* pelo qual encarregava o *sheriff* de reunir 12 homens da vizinhança para dizerem se o detentor de uma terra desapontou, efetivamente, o queixoso, eliminando, assim, um possível duelo judiciário praticado até aí. Esclarece Rangel¹¹⁴ que os jurados, simbolizando a verdade emanada de Deus, por isso 12 homens em alusão aos 12 apóstolos de Cristo, decidiam independentemente de provas, com base no *vere dictum* (veredito: dizer a verdade), nascendo aí, no júri, o sistema da íntima convicção. Com o tempo, a própria acusação, no caso de crimes graves, passou a ser feita por jurados, em número de 23, surgindo a figura do Grande Júri, também chamado Júri de Acusação.

¹¹² SOUZA, Raquel. **O Direito Grego Antigo**. In: Fundamentos da História do Direito. Org.: WOLKMER, Antonio Carlos. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 91-92.

¹¹³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 214.

¹¹⁴ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 43.

Adepto das raízes inglesas do instituto, Ruy Barbosa afirmou que a consagração do Júri no direito ocidental ocorreu com a *Magna Carta Libertatum*, proclamada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, ao dispor, no item 48, que ninguém poderia ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares.¹¹⁵

Adverte Rangel¹¹⁶ que o júri em matéria criminal só se consolidou muito depois do civil, pois, inicialmente os jurados julgavam apenas as causas cíveis, surgindo depois a necessidade de submetê-los também às matérias criminais, com o objetivo de retirar das mãos do soberano o poder de decidir sobre a liberdade individual e, em alguns casos, sobre a própria vida humana. Segundo o autor, “nesse sentido, não há dúvida do caráter democrático da instituição do Tribunal do Júri que nasce, exatamente, das decisões emanadas do povo, retirando das mãos dos magistrados comprometidos com o déspota o poder de decisão”.

É pertinente a síntese histórica traçada por Gomes:

Certo que o modelo atual de Júri vem consubstanciado no sistema inglês, porém, é consenso que este possui origem muito antiga, ligada diretamente a Grécia e Roma, ganhando um formato mais próximo do que se conhece hoje em dia a partir da evolução ocorrida na Inglaterra. Posteriormente, com o tempo, foram instituídas modificações, todavia, mantém-se a ideia clássica de um julgamento de um cidadão pelos próprios membros da sua comunidade, o que ocorreu no período da Revolução Francesa e disseminou-se por vários países da Europa e Américas.¹¹⁷

Da Inglaterra, após o ano de 1215, o Júri se espalhou pela Europa, primeiro para a França, em 1791 e depois para outros países como Espanha, Suíça, România, Grécia, Rússia e Portugal e também para os Estados Unidos¹¹⁸, que fez do julgamento popular a regra, como ideal de justiça democrática, influenciando a cultura jurídica ocidental de modo marcante.¹¹⁹

No Brasil, o surgimento do Júri ocorreu através de uma Lei de 18 de julho de 1822, antes mesmo da independência¹²⁰ e da primeira Constituição brasileira¹²¹,

¹¹⁵ BARBOSA, Ruy. **O Júri sob Todos os Aspectos**. Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1950, p. 15.

¹¹⁶ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 41.

¹¹⁷ GOMES, Márcio Schlee. **Júri: limites constitucionais da pronúncia**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 23.

¹¹⁸ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 43.

¹¹⁹ GOMES, Márcio Schlee. Op. Cit. p.23.

¹²⁰ Declarada a independência, em 07 de setembro de 1822, as leis brasileira teriam aplicação no território brasileiro por força do Decreto de 20 de outubro de 1823, desde que não conflitassem com a soberania brasileira e com o novo regime, recentemente conquistados, razão pelo qual o primeiro

ainda sob o domínio português, mas sob forte influência inglesa, sendo que o júri era apenas para os crimes de imprensa e os jurados eram eleitos.¹²² Conforme Sanches:

Mais fácil e identificar o surgimento, entre nós, do Júri. Assim, a instituição do Júri no Brasil nasce em 1822, através do Decreto da lavra do Príncipe Regente D. Pedro e – interessante – previa a competência do tribunal popular “para o julgamento do abuso de liberdade de imprensa”. Sua composição era de 24 cidadãos, “homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”, nomeados pelo Corregedor do Crime da Corte e Casa. De sorte que a primeira notícia que se tem do Júri no país não se refere aos crimes dolosos contra a vida, mas sim, talvez em virtude do contexto histórico e político da época ao julgamento dos abusos cometidos pela imprensa.¹²³

Anotam Nassif e Fraga que a primeira Constituição do Império independente previu a instituição do Júri:

No plano Constitucional, porém, na Constituição do Império – de 1824 – já havia previsão do Tribunal do Júri, que foi regulamentado por uma Lei de setembro de 1830 e, posteriormente, pelo Código de Processo Penal do Império. Nessa regulamentação, se estabeleceu a existência de dois júris: o Júri de acusação, composto de vinte e três membros, e o Júri de sentença, composto de doze membros. A Lei 261, de 1841, porém, extinguiu o Júri de Acusação, que fazia o juízo de admissibilidade da pretensão acusatória, passando-o a um juiz monocrático, que nem sempre era um magistrado, podendo ser inclusive o Chefe de Polícia. A competência do Tribunal, todavia, sofreu, neste período, inúmeras alterações, ora incluindo, ora excluindo delitos de sua apreciação.¹²⁴

A Constituição de 1824 considerava os jurados como integrantes do Poder Judiciário, os quais tinham competência territorial tanto no cível como no crime, dando-lhes competência para decidirem sobre o fato e aos juízes para aplicarem a lei (arts. 151 e 152 da Constituição de 1824).¹²⁵

diploma processual (civil, comercial e penal), no Brasil independente, foram as Ordenações Filipinas, mantidas em vigor já que regiam desde 1603. Cf. (RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 60.).

¹²¹ A primeira constituição brasileira foi outorgada pelo Imperador ao povo, que representava uma minoria branca e mestiça que votava e tinha participação na vida política. O Brasil passava por um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, inspirando-se na linha democrática europeia e dando a D. Pedro I o título de Imperador e defensor perpétuo do Brasil, que foi dividido em províncias, adotando como religião oficial a Católica Apostólica e Romana (arts. 1º a 4º da Constituição do império). (RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 60.).

¹²² RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 60.

¹²³ SANCHES CUNHA, Rogério. **Tribunal do Júri: Procedimento Especial Comentado** por Artigos. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Ed. JusPodivm, 2017, p. 20.

¹²⁴ NASSIF, Aramis; FRAGA, Márcio André Keppler. **Código de processo penal comentado**. Org. Marcus Vinicius Boschi. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 331.

¹²⁵ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 61.

Em 29 de novembro de 1832, entrou em vigor o Código de Processo Criminal do Império, permitindo que pudessem ser jurados apenas os cidadãos que pudessem ser eleitores. Conseqüentemente, só podiam ser jurados os que tivessem uma boa situação econômica, já que só estes podiam votar. Havia o grande júri e o pequeno júri. O primeiro, com debates entre os jurados, decidia se procedia a acusação contra o réu. Se os jurados respondessem afirmativamente, o réu seria submetido a julgamento perante o pequeno júri. Do contrário, o juiz julgava improcedente a denúncia ou queixa.¹²⁶ Decidido, pelos 23 jurados do grande júri, que o réu seria julgado pelo pequeno júri, este, formado por outros 12 jurados, decidiria sobre o mérito da acusação.¹²⁷

Na medida em que o governo central deu autonomia às Assembleias Provinciais surgiram disputas entre as elites regionais que queriam controlar sozinhas as províncias que estavam crescendo, culminando em rebeliões em várias partes do território.¹²⁸ Nesse contexto, foi aprovada uma reforma penal, com a desculpa de conter a onda de violência, advindo a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, a qual dava um viés autoritário e centralista ao Código de Processo Criminal do Império e, entre outras medidas, extinguiu o grande júri, retirando das mãos do povo o poder de decidir se um cidadão deveria ou não ser julgado pelo pequeno júri. A decisão da procedência (ou não) da pretensão acusatória não mais pertencia aos jurados e sim às autoridades policiais e aos juízes municipais, sendo que, quanto a decisão de pronúncia fosse dada pelos delegados e subdelegados de polícia, ela dependeria da confirmação de parte dos juízes municipais.¹²⁹

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, foi promulgada a primeira Constituição republicana, em 24 de fevereiro de 1891, colocando o júri dentro do título referente aos cidadãos brasileiros e na seção da declaração dos direitos, estabelecendo, no seu art. 72, § 31: “É mantida a instituição do júri”.¹³⁰ Ruy Barbosa insurgiu-se contra qualquer alteração do júri em leis ordinárias:

É mantida a instituição do júri, declara o pacto de 1891.

¹²⁶ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 63.

¹²⁷ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 64.

¹²⁸ Cabanagem, no Pará (1835-1840), que não deve ser confundida com a Guerra dos Cabanos, em Pernambuco (1832-1835); a Sabinada, na Bahia (1837-1838); a Balaiada, no Maranhão (1838-1840); e a Farroupilha, no Rio Grande do Sul (1836-1845). (RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 66.).

¹²⁹ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 69-70.

¹³⁰ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 74.

A atenção do intérprete deve fixar-se na expressão manter, aqui excepcionalmente empregada pelos autores da Constituição. Manter é conservar o que está em condições que não lhe alterem a identidade. O legislador, nesta parte, não e limita a assegurar a instituição do júri, à semelhança do que faz em relação a outras garantias liberais: manda respeitá-la na situação em que a encontra. Isto é, não contente de lhe afiançar a existência, caracteriza-o, prorrogado a duração da entidade preexistente.¹³¹

Conforme esclarece Rangel¹³², banida a Monarquia e sendo a Família Real exilada para Portugal, o Brasil adota como forma de Estado a Federação, e de governo, a República, regulando o júri pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal e criando o júri federal com 12 jurados.

Desde então, todas as constituições contemplaram essa Instituição, à exceção da Carta de 1937, embora o Decreto-lei 167, considerado a primeira lei processual da República, tenha preservado o Tribunal do Júri no plano infraconstitucional.¹³³

O Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, atual Código de Processo Penal, regulamentou o Júri nos artigos 406 a 497. Além disso, a Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521/51) prevê um Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes que elenca em seu art. 2º. Salienta Porto¹³⁴, porém, que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento que o Tribunal do Júri previsto na Lei de Economia Popular “desapareceu com o advento do DI 2, de 1966”. Por outro lado, o Júri de Imprensa, que representou o aparecimento do Tribunal Popular no Brasil, foi afastado desde que não foi previsto pela Lei nº 5.250/67.¹³⁵

Impõe-se mencionar, ainda, que o Decreto 253/1967 estabeleceu, em seu artigo 4º, que “nos crimes de competência da Justiça Federal, que devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, observar-se-á o disposto na legislação processual, cabendo a sua presidência ao juiz a que competir o processamento da respectiva ação penal”.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 inseriu o Tribunal do Júri, no art. 5º, entre os direitos fundamentais, estabelecendo o seguinte:

¹³¹ BARBOSA, Ruy. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, p. 63.

¹³² RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 75.

¹³³ NASSIF, Aramis; FRAGA, Márcio André Keppler. **Código de processo penal comentado**. Org. Marcus Vinicius Boschi. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 332.

¹³⁴ PORTO, Hermínio Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários**. 11 ed. ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 40.

¹³⁵ Ibidem, p. 40.

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

A ordem constitucional democrática recepcionou o Código de Processo Penal e, em 2008, a Lei 11.689 alterou substancialmente o procedimento do Tribunal do Júri, trazendo alterações importantes como: a) *fim do protesto por novo júri*, uma evolução que eliminou a possibilidade de recorrer pelo simples fato de haver condenação a uma pena maior de 20 anos; b) *extinção do libelo*, que era uma peça tradicional a cargo do Promotor de Justiça, balizadora da acusação e lida na abertura da sustentação do Ministério Público em plenário; c) *rotatividade dos jurados*, coibindo-se que um jurado passe de “leigo” a “experto” nas lides de Júri, o que talvez desvirtuasse significativamente a função do julgador popular; d) *vedações de argumentos nos debates*; e) *simplificação dos quesitos*.

3.2 O Júri no Direito Comparado

Na Inglaterra, considerada como o berço recente do júri como instituição judiciária, o *Grand Jury* foi abolido em 1933, através do *Administration of Justice Act*, e, desde então, o Tribunal do Júri é responsável por apenas 1 a 2% dos casos criminais. Era formado por 24 pessoas e tinha a função de formular a acusação, a qual foi assumida pelos *Magistrates' Court*. Remanesce o pequeno júri, formado por 12 pessoas com idade entre 18 e 70 anos, os quais devem decidir se o acusado é culpado ou inocente por meio de um *verdictum*, no qual só é possível condenar mediante maioria qualificada de 10 votos contra 2. Não havendo maioria qualificada, o réu será submetido a novo julgamento, perante jurados distintos. Caso novamente não haja maioria qualificada, o réu será considerado absolvido. Note-se que a maioria qualificada só é exigida para fins de condenação, já que a absolvição pode ser feita por maioria simples. Essa decisão por maioria é fruto da comunicação entre os jurados, uma vez que o sistema inglês não consagra a regra da

incomunicabilidade, democratizando o máximo possível, a decisão sobre a liberdade do réu, evitando, assim, o puro capricho, arbítrio ou abuso de poder. Os jurados não tomam parte da sentença, que é ato exclusivo do juiz, o qual, por outro lado, apenas conduz o julgamento, sem tomar parte da decisão.¹³⁶

Ruy Barbosa¹³⁷ assentou que antes de passar das Ilhas Britânicas ao continente, o júri estabelecera a sua segunda pátria no solo americano e foi uma das mais antigas instituições das colônias inglesas na América do Norte, sendo uma das instituições mais caras dos colonos ingleses. Mediante a constituição de Virgínia, adotada pela assembleia da colônia em 1621 e imitada pelas outras províncias reais, o processo do júri achava-se tão universalmente estabelecido nas colônias como na metrópole.¹³⁸

Segundo Kalven e Zeisel, o júri Anglo-Americano é uma instituição marcadamente política, pois:

[...] recruta um grupo de doze pessoas leigas, escolhidas ao acaso entre a maioria da população; convoca-as para participar de um processo; investe elas em grandes poderes oficiais de decisão; permite-lhes realizar o julgamento em segredo e sem fundamentação; e, após esse momentâneo serviço ao estado, ordena que retornem à vida privada.¹³⁹

A característica mais marcante do sistema processual norte-americano é o processamento de causas cíveis e criminais perante o júri, sendo que os juízes togados exercem a função de direção dos debates, moderação dos interrogatórios e a decisão das questões de direito, presidindo a seção na função de guardiões dos direitos constitucionais.¹⁴⁰

Esclarece Heringer Júnior¹⁴¹ que o procedimento dos crimes graves é extremamente complexo e dispendioso, estando garantido pela 5ª e 6ª emenda o julgamento pelo júri. O sistema dos Estados Unidos da América distingue *Grand Jury*

¹³⁶ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 44-45.

¹³⁷ BARBOSA, Ruy. Op. Cit. p. 28-29.

¹³⁸ O povoamento da América decorreu, fundamentalmente, de conflitos religiosos que tiveram lugar na metrópole inglesa. Durante os séculos 16 e 17, um contingente enorme de refugiados protestantes emigrou para este lado do Atlântico para escapar da perseguição religiosa. A eles, somaram-se alguns aventureiros e delinquentes que vieram a constituir as treze colônias iniciais da costa leste, processo que levou mais de um século para finalizar: Virgínia, a primeira, foi fundada em 1607 e Geórgia, a última, em 1733. (HERINGER JÚNIOR, Bruno. **O sistema de justiça criminal dos Estados Unidos: um modelo em crise?** Porto Alegre, Núria Fabris Ed., 2013, p. 26.).

¹³⁹ KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. **The American Jury**. Chicago: University Of Chicago Press, 1976, p. 3.

¹⁴⁰ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 45.

¹⁴¹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **O sistema de justiça criminal dos Estados Unidos: um modelo em crise?**. Porto Alegre, Núria Fabris Ed., 2013, p. 26.

de *Trial Jury*. A V Emenda estabelece a necessidade do *Grand Jury* em casos de crimes “infamantes”, aplicando-se, portanto, apenas aos processos criminais, a fim de evitar acusações injustas, servindo como uma espécie de teste para a acusação que deseje levar um acusado ao *Trial Jury*. O *Grand Jury* é composto por 23 jurados e suas decisões são normalmente respeitadas pelos promotores, os quais, todavia, podem discordar da decisão, levando o caso ao *Trial Jury*. O *Trial Jury* aplica-se para casos cíveis e criminais e é composto de seis e 12 membros, podendo a decisão ser tomada por unanimidade até a maioria de dois terços, dependendo do Estado, uma vez que cada um dos estados americanos tem um sistema próprio e independente. A decisão do *Trial Jury* encerra o caso, que só poderá ser discutida em apelação.

Segundo Viveiros¹⁴², o júri é um direito constitucional de todo cidadão americano acusado da prática de crime, sendo dado ao cidadão, inclusive, a faculdade de renunciar a ele quando se trate de um júri federal, incluindo casos puníveis com a pena capital, desde que esteja devidamente aconselhado por um advogado e o faça conscientemente, além e ser necessário contar com a concordância do juiz e do promotor, o que não é admitido em alguns estados, em crimes puníveis com penas graves ou de morte.

A França, por sua vez, adota um modelo escabinado.¹⁴³ A *Cour d'Assises* é um tribunal competente para julgar pessoas acusadas de crimes, estando compostas de três juízes profissionais, sendo um presidente com o cargo de conselheiro do tribunal de recurso e dois assessores, e um júri composto por seis jurados (em primeira instância) ou nove (em segunda instância). Consoante o artigo 359 do Código de Processo Penal Francês, qualquer decisão desfavorável ao acusado deve ser tomada por uma maioria não inferior a seis votos, quando o Tribunal decidir em primeira instância e por maioria de pelo menos oito votos quando houver recurso.¹⁴⁴

¹⁴² VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do Júri na ordem constitucional brasileira**: um órgão da cidadania. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 128-129.

¹⁴³ No escabinado, há como no júri, o recrutamento popular, o sorteio e até a divisão de julgamento. Mas enquanto naquele a responsabilidade do réu é examinada e decidida, em conjunto, pelos juízes leigos e juízes profissionais, no último só o elemento popular decide sobre a existência e autoria do crime. (MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1955, p. 67.).

¹⁴⁴ FRANÇA. **Code de Procédure Pénale**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006167469&cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 11 Dez. 2017.

Ao final da sessão, os magistrados e os jurados retiram-se para a deliberação, na qual os magistrados e os jurados confrontam seus pontos de vista e, encerrados os debates, decidem em cédula secreta, mediante uma quesitação sobre a condenação ou absolvição, e sobre a pena a ser aplicada. Conforme Almeida¹⁴⁵, os jurados franceses colaboram com os magistrados tanto no exame das questões relativas à culpa, como nas que respeitam à aplicação da pena, sendo que o Tribunal e o júri deliberam, em conjunto e secretamente, sob a presidência do presidente do mesmo tribunal, votando por boletins escritos e por escrutínios sucessivos, primeiro sobre o fato principal e depois se for o caso, sobre agravantes e questões subsidiárias, sobre os fatos de justificação legal e, por último, sobre as atenuantes, caso tenha sido reconhecida a culpa do acusado, impondo-se maioria absoluta a cada volta do escrutínio.

Segundo Rangel¹⁴⁶, o Júri francês foi implantado a partir da Revolução Francesa, visando combater o autoritarismo dos magistrados de então, os quais não tinham independência funcional e cediam à pressão das monarquias às quais serviam, sendo que Larguier tece elogiosas considerações sobre o Júri, enumerando vantagens que merecem ser transcritas:

Que penser de l'institution du jury? Les jurés ont d'abord l'avantage d'être indépendants, face à des magistrats nommés par le gouvernement et dont l'indépendance peut donc être suspectée, même a tort, par le public – au moins dans certains procès. Les jurés, au surplus, ont conscience de l'importance de leur rôle, et montrent en general, dans l'accomplissement de leur devoir, un zèle dont toute routine et toute lassitude sont exclues. Le jury, à un autre point de vue, représente l'opinion publique: plus sensible qu'un juge habitué de longue date aux affaires criminelles, il apporte, dans ses fonctions, un fraîcher bienfaisante, que lui fera prendre en considération le mobile du crime. La seule présence du juré peut aussi constituer une garantie de bonne justice: le juré n'hésitera pas, le cas échéant, à dénoncer une lacune de l'instruction que des magistrats professionnels préféreraient taire - et les magistrats instructeurs, le sachant, conduiront plus minutieusement leurs instructions. Cette "participation", enfin, a l'avantage de montrer au juré et la difficulté de juger, et la conscience des juges.¹⁴⁷

¹⁴⁵ ALMEIDA, Dario Martins de. **O livro do jurado**. Coimbra, Livraria Almedina, 1977. p. 141.

¹⁴⁶ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 47.

¹⁴⁷ Tradução livre: "O que pensar sobre o júri? Em primeiro lugar, os jurados têm a vantagem de serem independentes diante dos juízes nomeados pelo governo e cuja independência pode, portanto, ser questionada, mesmo que erroneamente, pelo público - pelo menos em certos processos. Os jurados, além disso, estão conscientes da importância do seu papel e mostram, no desempenho de seus deveres, um zelo de qual rotina e todo cansaço são excluídos. O jurado, em outro aspecto, representa a opinião pública: ele é mais sensível do que um juiz acostumado há muito tempo a assuntos criminais, e traz um arejamento à função de julgar, levando em consideração o motivo do crime. A simples presença do jurado também pode constituir uma garantia de boa justiça: o jurado não hesitará se necessário, em denunciar uma lacuna da instrução de que os magistrados profissionais prefeririam silenciar, e os juízes de instrução, sabendo disso, realizarão

De modo muito semelhante, também a Itália adota o escabinado, denominado *corte di assise*, para julgamento de crimes graves, conforme dispõe o artigo 5º do Código de Processo Penal italiano. A *corte di assise* está composta por dois juízes togados e seis jurados leigos (*giudice popolare*). O jurado atua tanto no primeiro quanto no segundo grau, que é chamado *corte di assise d'appello*. Consoante o artigo 527 do Código de Processo Penal italiano, “todos os juízes indicam os motivos da sua opinião e votam em cada questão, seja qual for o voto sobre os outros. O presidente reúne os votos a partir do juiz com menos antiguidade de serviço e últimos votos. Nos julgamentos perante o tribunal de assises, votam primeiramente os juízes populares, a partir do menor de idade para a idade”.¹⁴⁸

Na Espanha, o artigo 125 da Constituição de 1978 estabelece que “os cidadãos poderão exercer ação popular e participar da Administração da Justiça mediante a instituição do Jurado”.¹⁴⁹ Conforme estabelece a exposição de motivos da LO 5/95:

Acima de concepções a favor ou contra o jurado, nossa Lei Fundamental vincula indiscutivelmente o instrumento do júri com dois direitos fundamentais: a participação direta dos cidadãos nos assuntos públicos, o artigo 23.1 da Constituição espanhola e o direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei do art. 24.2 do nosso texto fundamental.¹⁵⁰

Com efeito, nos encontramos, por um lado, diante de uma modalidade do exercício do direito subjetivo de participação nos assuntos públicos, pertencente à esfera do *"status activae civitatis"*, cujo exercício não é realizado por meio de representantes, mas sim exerce-se diretamente quando o cidadão acessa pessoalmente o status do júri. Portanto, a natureza representativa da Instituição deve ser descartada e sua natureza participativa e direta deve ser reconhecida exclusivamente.¹⁵¹

O Júri espanhol, portanto, tem disciplina constitucional e constitui direito de participação do cidadão nos julgamentos, ao contrário do júri americano, em que é garantia do acusado. Está disciplinado na LO 5/95 *del Tribunal del Jurado*, sendo

suas instruções mais detalhadamente. Finalmente, Esta "participação" tem a vantagem de mostrar ao jurado a dificuldade de julgar e a consciência dos juízes". (LARGUIER, Jean. **La procédure pénale**. Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 25.).

¹⁴⁸ ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>>. Acesso em: 11 Dez. 2017.

¹⁴⁹¹⁴⁹ ESPANHA. **Constitucion**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 11 Dez. 2017.

¹⁵⁰ Obviamente, ao tratar do juiz ordinário previamente determinado pela lei, o texto está se referindo à garantia do juiz natural.

¹⁵¹ ESPANHA. **Lei Orgânica 5/95**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>>. Acesso em: 11 Dez. 2017.

composto por nove jurados sob a presidência de um magistrado. Os jurados decidem por maioria de votos em sala especial, após deliberação, em votação nominal, porém, secreta, consoante artigo 52 e seguintes da legislação referida.

Em Portugal, o Júri apresenta diversas peculiaridades: está formado por oito jurados, recrutados de entre os cidadãos portugueses, inscritos no recenseamento eleitoral, e três juízes togados, um dos quais é o presidente; o Júri tem caráter facultativo, isto é, somente ocorrerá se for requerido pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo acusado, o que só é possível em crimes graves; a parte acusadora ou o réu poderão requerer ao Supremo Tribunal de Justiça a realização de júri misto, que contemple a participação de jurados de três comarcas, a fim de garantir a isenção do julgamento; a matéria do julgamento será objeto de quesitos; os jurados estão sujeitos a incomunicabilidade e deliberam em votação secreta, decidindo por maioria simples.¹⁵²

Segundo Almeida:

A intervenção dos jurados desdobra-se em duas fases:

1) – finda a produção da prova, são chamados a dizer quais os fatos e circunstâncias que, em seu entender, ou seja, segundo a sua convicção, se encontram provados, fixando até a versão ou narração respectiva desses fatos, sempre que ela não oincida com aquela que está nos quesitos.

2) – uma vez fixados os fatos, os jurados intervêm de novo para fixar a medida da pena correspondente, desde que esses fatos constituam infração penal.

Intercalados nessas duas tarefas, há dois momentos em que a decisão é da competência exclusiva dos três juízes que fazem parte do Júri:

1) – o da qualificação jurídica dos fatos;

2) – o da determinação dos limites da indenização devida aos ofendidos, quando for caso disso.¹⁵³

Sendo a marca fundamental do júri a presença de juízes leigos, consagrando a participação popular na administração da justiça, é possível encontrar tal modelo, ainda, em outras soberanias, tais como Suíça¹⁵⁴, Federação Russa¹⁵⁵ e Noruega¹⁵⁶.

¹⁵² ALMEIDA, Dario Martins de. **O livro do jurado**. Coimbra, Livraria Almedina, 1977, p. 147-176.

¹⁵³ Idem, p. 167.

¹⁵⁴ A Suíça conta com um Tribunal popular, isto é, um colégio composto de juízes não profissionais, em sua maioria sem formação jurídica sob a presidência de um juiz profissional ou apoio de um jurista (Secretário Judicial), além de, raramente, um Tribunal de jurados, que julgam sobre a culpa ou inocência, enquanto um ou mais juízes profissionais decidem sobre a pena. (GÓMEZ, Ramón Maciá (Org.). **Sistemas de Processo Penal em Europa**. Barcelona, Cedecs Editorial, p. 367.).

¹⁵⁵ As causas consideradas mais graves podem ser julgadas pelo Tribunal do Júri, composto por um juiz e doze jurados. (GÓMEZ, Ramón Maciá (Org.). **Sistemas de Processo Penal em Europa**. Barcelona, Cedecs Editorial, p. 345.).

¹⁵⁶ O sistema judicial norueguês está dividido em três níveis: Herredsbyrett (Juizado de Paz e Instrução e Juizado Penal), no qual tramitam todos os assuntos penais de primeira instância,

Do ponto de vista do direito de defesa, não se percebe, no direito comparado, a contemplação, por algum dos modelos mencionados, da distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa, sendo essa uma característica do sistema processual vigente em nosso País, o que torna imperativo analisar o júri na ordem jurídica brasileira.

3.3 O júri na ordem jurídica brasileira: natureza e panorama normativo

É profundamente controvertida a natureza jurídica do Tribunal do Júri. Enquanto alguns atribuem-lhe uma natureza jurídico-política¹⁵⁷, há quem veja no Júri uma “garantia constitucional do cidadão ser julgado pelo povo, quando acusado da prática de fatos criminosos definidos na própria Constituição ou em lei infraconstitucional, com a participação do Poder Judiciário para a execução de atos jurisdicionais privativos”.¹⁵⁸ Discute-se ainda se constitui ou não um órgão do Poder Judiciário, havendo forte argumento no sentido de que constitui um órgão eminentemente político, conforme se percebe na doutrina de Nassif¹⁵⁹, segundo o qual o júri não é órgão do Poder Judiciário, e sim o meio pelo qual o povo passa a exercer diretamente o poder jurisdicional que, em todo o mais, é exercido em seu nome pelos juízes e tribunais.

Distintamente, Nucci¹⁶⁰ observa que é praticamente pacífico na doutrina ser o júri um órgão do Poder Judiciário, embora lhe seja reconhecida a sua especialidade, sem constar efetivamente do rol do art. 92 da Constituição Federal, embora o sistema judiciário o acolha em outros dispositivos, tornando-o parte integrante do referido Poder da República.

independentemente da gravidade, e cujo Tribunal é composto por um juiz de carreira e dois juízes leigos, escolhidos na população como se fosse jurados; Lagmannsrett, que julga as apelações e recursos contra as decisões do Juizado de Paz e Instrução e Juizados Penal, sendo que nos casos mais graves o Tribunal é composto por um júri de 10 pessoas, que decidem se o acusado é culpado ou inocente, enquanto três juízes de carreira e quatro membros do júri determinam a pena. Em casos menos graves, o Tribunal é composto de três juízes de carreira e quatro juízes leigos, e em alguns casos atuam apenas os juízes de carreira; Hoyesterett, que corresponde à Suprema Corte. (GÓMEZ, Ramón Maciá (Org.). **Sistemas de Proceso Penal em Europa**. Barcelona: Cedecs Editorial, p. 303-304.)

¹⁵⁷ TUBENSCHLAK, James. **Tribunal do Júri: contradições e soluções**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 5.

¹⁵⁸ NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 23.

¹⁵⁹ NASSIF, Aramis. Op. Cit. p. 23-24.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44-45.

3.3.1 A natureza do júri brasileiro: o júri como garantia?

A ideia de ser o júri uma garantia individual seduz profundamente diante do modelo constitucional brasileiro, que o posiciona entre os direitos fundamentais, art. 5º, XXXVIII, da Constituição de 1988. É verdade, ainda, que o júri está historicamente atrelado à proteção dos indivíduos diante do Estado, haja vista sua inserção nas primeiras declarações de direitos e seu assento nas V e VI emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, depois de passar pelas cartas das colônias inglesas na América durante o período que antecedeu à independência. Nesse sentido, o júri é, de fato, uma garantia individual.

De outra parte, é também garantia no sentido de constituir um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que consagra a soberania popular, prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, mediante a participação direta do povo nos julgamentos. Tal postulado, inclusive, está de acordo com a Constituição espanhola de 1978, cujo artigo 125 estabelece que “os cidadãos poderão exercer ação popular e participar da Administração da Justiça mediante a instituição do Jurado”.

Registra Almeida que esse caráter democrático do Tribunal do Júri, mediante a participação dos cidadãos no Poder Judiciário:

É através da instituição do Júri que o cidadão é chamado a participar na administração da Justiça Criminal, no seu país. Reside aí um dos mecanismos mais positivos para a democratização da justiça. O povo já não se limita a assistir uma audiência de julgamento, para fazer também o seu juízo sobre o que lá se passa, mas participa nela ativamente, através dos seus representantes.¹⁶¹

O júri pode ser considerado garantia também no aspecto da efetividade da prestação jurisdicional, conforme anota Goessel¹⁶², pois o princípio do Estado de direito não pode, por natureza, limitar-se à salvaguarda da dignidade pessoal e especialmente garantir os direitos do imputado no processo judicial.

Também exige a justa aplicação das leis, incluídas as leis penais; e, portanto, também a imposição e realização do poder sancionador frente ao culpado, naturalmente apenas segundo a medida imposta pela lei e pela

¹⁶¹ ALMEIDA, Dario Martins de. **O livro do jurado**. Coimbra, Livraria Almedina, 1977, p. 11.

¹⁶² GOESSEL, Karl Heinz. **El defensor en el proceso penal**. Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. 29.

justiça. Em consequência, o princípio do Estado de direito exige, segundo opinião incontroversa, “também a manutenção de uma administração eficiente da justiça, sem a qual é impossível abrir passo ao acesso à justiça.” E, por conseguinte, também são reconhecidas as “necessidades iniludíveis de uma ação penal eficaz e luta contra o crime”.¹⁶³

Segundo Nucci¹⁶⁴, porém, o júri é apenas uma garantia fundamental formal, pois nos países em que não há júri também é viável existir um Estado Democrático de Direito. O mesmo autor esclarece que se tornou, entre nós, uma garantia fundamental por influência de nossos legisladores, que apreciavam o disposto na Constituição americana. Ocorre que, nos Estados Unidos, o júri é, de fato, uma garantia individual material, uma vez que muitos magistrados são eleitos pelo povo.

Discorrendo sobre o tema, esclarece Porto:

Hoje, com a especialização do exercício da Magistratura, e estando a atividade jurisdicional penal envolvida por institutos constantemente observados pela doutrina na procura de aprimoramento, a instituição do Júri perde seu conteúdo de direito individual, mas, por atenção às suas origens, e sendo reconhecido que nossa tradição sensibilizou a nossa consciência jurídica quanto à necessidade de permanência da vida da instituição do Júri com a competência hoje a ele atribuída, referência constitucional, de uma parte, caberia com a enunciação do Tribunal do Júri dentre os órgãos que exercem o Poder Judiciário, e, de outra parte, com a enunciação, na relação dos direitos fundamentais, do direito de o cidadão ser jurado.¹⁶⁵

Percebe-se, portanto, a controvertida natureza jurídica do júri em nosso sistema jurídico, sendo lícito concluir que se trata de uma instituição que cumpre distintos papéis: no sentido político, constitui um direito do cidadão de julgar e, também, de ser julgado pelo tribunal natural dos crimes dolosos contra a vida, assumindo nítida função de garantia. Em sentido jurídico, o júri constitui órgão do Poder Judiciário com competência especial e, nesse sentido, está sujeito também a regras procedimentais próprias. Finalmente, uma vez inserido entre as garantias individuais, ganha status de cláusula pétrea e, nesse prisma, não pode ser abolido, porque esse núcleo da Carta Maior é considerado, por ela própria, no art. 60, § 4º, como intangível, não modificável em seu conteúdo, impossibilitando o Poder Constituinte Derivado de sequer propor emendas constitucionais tendentes a abolir o Tribunal do Povo.¹⁶⁶

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 39.

¹⁶⁵ PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários. 11. ed. ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, 2005.

¹⁶⁶ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: Teoria e Prática. São Paulo, Atlas, 2010, p. 7.

Essa problemática não constitui mero debate acadêmico, pois encontra eco na necessidade de estabelecimento das diretrizes constitucionais do júri dentro do sistema normativo e, portanto, importa considerar em sua natureza a distinção, oriunda da teoria dos direitos fundamentais, entre regras e princípios, de molde a compreender o alcance hermenêutico das disposições constitucionais afetas ao Tribunal do Júri.

3.3.2 Aspectos Constitucionais do Júri Brasileiro e a Teoria dos Direitos Fundamentais

No direito brasileiro, por força de norma constitucional, o júri é o juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, consistindo num tribunal dotado de peculiaridades no que diz respeito não só quanto à composição, mas também quanto ao procedimento.

A Constituição Federal estabeleceu diretrizes que balizam este procedimento, as quais a doutrina costuma denominar de 'princípios processuais constitucionais do júri'.¹⁶⁷ Entre esses princípios, o presente trabalho destaca a plenitude de defesa, que será examinada a fundo posteriormente. Sobre ela, salienta Fernandes¹⁶⁸ que o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, garantida pelo art. 5º, inciso LV, quis assegurar ao acusado do júri mais, ou seja, defesa plena, levando em conta principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada. Essa característica posiciona o juiz do júri como um guardião do direito de defesa e verdadeiro fiscal do seu pleno exercício, conforme se verifica em comandos legais específicos. Nesse sentido, veja-se que, o CPP determina que juiz presidente do júri, além de regulamentar os apartes (art. 497, III e XII), nomear defensor ao réu, quando o considerar indefeso, podendo, nesse caso inclusive dissolver o conselho de sentença, designando nova data para julgamento (art. 497, V), devendo, ainda, garantir a formulação de quesitos concernentes à tese de defesa, mesmo que contraditórias, desde que não haja prejuízo ao acusado.

¹⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. II. Niterói, RJ, Impetus, 2012.

¹⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 187.

Ao assegurar a competência do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a Constituição Federal estabeleceu o juízo natural das espécies delitivas tipificadas nos artigos 121, 122, 123, 124, 125 e 126 do Código Penal, sem, no entanto, firmar proibição da ampliação do rol dos crimes que serão apreciados pelos jurados. Com efeito, a defesa exercida no júri deverá, sempre, levar em consideração a pertinência material do fato em julgamento, a fim de preservar a regra de competência originária. Nesse sentido, a questão da competência sequer poderá ser tratada como encargo defensivo, uma vez que o próprio juiz, sendo guardião do direito de defesa, conforme mencionado, tem o dever de fiscalizar a competência em seus aspectos material, local e pessoal.

A competência material do júri abrange, portanto, os crimes de homicídio (CP, art. 121) participação em suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e aborto em todas as suas espécies típicas (arts. 124, 125 e 126), em suas formas tentadas ou consumadas. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal¹⁶⁹ há muito estabeleceu que “a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do Juiz singular e não do Tribunal do Júri.” Os demais crimes poderão ser julgados pelo Júri quando for verificada a conexão ou continência em relação ao crime doloso contra a vida, consoante a regra de modificação da competência prevista no artigo 78, I, do CPP. Com efeito, havendo conexão ou continência, o crime doloso contra a vida é considerado o crime prevalente, pois existindo este, ele é que fixa a competência para o julgamento.

Decidiu o STJ¹⁷⁰ que, em situação de violência doméstica contra a mulher, o processo deve tramitar até a pronúncia no Juizado de Violência Doméstica e Familiar, posteriormente remetendo-se ao Tribunal do Júri para julgamento em plenário (HC 73.161). A questão ganha relevância diante da qualificadora do feminicídio, consistente no homicídio qualificado por razões do sexo feminino, conforme atualmente prevê o art. 121, § 2º, VI, do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 13.104/2015. Sobre o tema, Sanches Cunha esclarece que:

¹⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 603**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=603.NUME.%20NAO%20S.F.LSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

¹⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 73.162-SC**. 5ª Turma. Relatora Ministra Jane Silva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=716228&num_registro=200602808430&data=20070917&formato=PDF>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

Competente será o juiz apontado pelas respectivas eis de organização judiciária como tal. Poderá ser o juiz da vara exclusiva do Júri, como ocorre na capital do Estado de São Paulo, a quem cabe a condução de todo o procedimento, desde o recebimento da acusação até o julgamento em plenário. Naquelas onde não há vara privativa do Júri, competente será o juiz de uma vara criminal, a quem caberá preparar o processo e, a partir do trânsito em julgado da sentença de pronúncia, enviá-lo ao juiz do Júri. Ou poderá, quem sabe, ser o próprio juiz dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, desde que a regra de organização judiciária disponha nesse sentido.¹⁷¹

No aspecto da competência em razão da pessoa, o júri não julga pessoas que gozam de foro por prerrogativa de função, previsto na Constituição Federal, ainda que pratiquem crime doloso contra a vida. Todavia, se o foro privilegiado for estabelecido apenas na Constituição Federal, prevalece o Júri, mercê de matéria sumulada no STF.¹⁷² *“A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.”*. A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, concede foro privilegiado aos Secretários de Estado e ao Procurador-Geral do Estado (art. 95, XI), devendo, nesse caso, aplicar-se a súmula 721 (STF, HC 78168-PB). Convém lembrar que aos Deputados Estaduais garante-se, por simetria, a prevalência do foro privilegiado, conforme entendimento do STJ.¹⁷³

Impõe-se observar, ainda, o teor da Súmula 704 do STF¹⁷⁴: *“Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”*. Segundo essa súmula, o foro privilegiado estende-se ao corréu em caso de conexão, afastando a competência do júri.

A competência territorial do júri também deve ser objeto de cuidado especial. Ainda que, ordinariamente, a competência *ratione loci* seja tratada como relativa, no júri a questão assume outro contorno, justamente em razão da plenitude de defesa.

¹⁷¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Tribunal do Júri**: Procedimento especial comentado por artigos. 3. ed. rev. ampl. E atual. Salvador, JusPodium, 2017, p. 291.

¹⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 721**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=721.NUME.%20NAO%20S.F.LSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

¹⁷³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **PExt no Habeas corpus 109.941-RJ**. 5ª Turma. Relator Ministro Dilson Dipp. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=107627_0&num_registro=200801433539&data=20110817&formato=PDF>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

¹⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 704**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=704.NUME.%20NAO%20S.F.LSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

A premissa histórico-política do júri é o julgamento do acusado por seus pares.¹⁷⁵ Dessa forma, o *loci commissi delicti* torna-se regra absoluta, na medida em que é perante os jurados do lugar do fato que a defesa plena deverá ser exercida. Tal regra de competência, embora estabelecida no plano infraconstitucional, não poderá, justo por esse *topos*, contrapor-se às normas de superiores, oriundas do texto constitucional, que lhe regem o conteúdo. Diante disso, a plenitude de defesa e a soberania dos veredictos, associadas à própria razão política do júri, impedem que se modifique a competência territorial. Observe-se, portanto, que a plenitude de defesa impõe que o julgamento ocorra no local onde a defesa possa ser plenamente exercida.

No que concerne ao sigilo das votações, não prevalece a norma que estabelece a publicidade dos julgamentos, pois a deliberação, no plenário do júri, ocorre em sala secreta (CPP, art. 485) e as decisões são tomadas por maioria de votos (CPP, art. 489). Sendo decisão tomada por maioria de votos, não se faz mais necessária abertura de todos os votos, bastando, então, a maioria destes.

Do sigilo das votações, certamente, deriva a incomunicabilidade dos jurados sorteados, prevista no art. 466 e parágrafos do CPP, referente aos atos concernentes ao processo, garantindo que cada um exare sua livre convicção, sem que seja influenciado pelo pensamento alheio.

Rangel não comunga desse entendimento quando aduz o seguinte:

Há uma enorme confusão entre incomunicabilidade e o sigilo do voto. O sigilo visa evitar que se exerça pressão sobre a votação dos jurados, seja com perseguições, ameaças, chantagens, vantagens ou qualquer outro expediente que possa perturbar a livre manifestação do conselho de sentença. Contudo, para que e possa, realmente, assegurar o sigilo da votação, mister se faz que a contagem dos votos cesse no quarto voto sim, ou no quarto voto não, conforme o caso, pois na medida em que o juiz presidente do júri permite que sejam retirados todos os (sete) votos da urna é possível, como ocorre, que haja unanimidade de votos e, nesse caso, não será difícil adivinhar quem condenou (ou absolveu) o réu. Logo, por terra foi a garantia constitucional do sigilo dos votos.¹⁷⁶

A infringência à incomunicabilidade gera omissão de formalidade essencial e acarreta a nulidade do julgamento.

¹⁷⁵ Lênio Streck critica essa premissa no modelo brasileiro, assentando que os jurados, via de regra, pertencem a estamento social e cultural distinto do acusado. Segundo ele, “é claro que as decisões dos jurados, na apreciação dos casos judiciais e dos acusados eu praticaram os delitos eu os levaram a julgamento pelo júri, não correspondem mecanicamente ao seu estrato social.” (STRECK, Lênio. **Tribunal do Júri: Símbolos e rituais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 117.).

¹⁷⁶ RANGEL, Paulo. Op. Cit. P. 81.

No sistema normativo do júri, o sigilo das votações está em franca colisão com o direito de defesa, uma vez que o acusado e seu defensor ficam impedidos de identificar os fundamentos do mérito da decisão judicial. Essa situação revela a natureza normativa das regras em colisão – plenitude de defesa e sigilo das votações – na medida em que não se aplicam por subsunção, e sim, por meio de ponderação, isto é, a plenitude de defesa, da qual a publicidade dos atos processuais é consequência, é aplicada apenas na medida em que a norma de sigilo das votações não opere.

Por fim, tangente à soberania dos vereditos, resulta que a decisão exarada do conselho de sentença é soberana, não cabendo modificação de seu conteúdo decisório em sede de recurso. Conforme acentua Marques¹⁷⁷, a soberania dos veredictos consiste na impossibilidade dos juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa. Júri soberano, portanto, é aquele ao qual não se substitui nenhum magistrado para julgar uma questão criminal já decidida pelos jurados. Segundo o autor, a soberania dos veredictos está intimamente ligada ao modelo decisório afeto aos jurados, que julgam por íntima convicção:

O júri, salvo na Inglaterra, decide exclusivamente por íntima convicção. O veredicto é composto de respostas monossilábicas que afirmam ou negam os quesitos que são formulados. Dizia, por isso, o jurista PAULO LACERDA que, “nas razões pelas quais o júri responde aos quesitos, consiste a soberania da consciência.”
Atendendo assim essa circunstância probatória, as legislações de quase todos os países declaram inapeláveis as decisões emanadas do *veredictum*.¹⁷⁸

Dessa forma, havendo recurso, este fica limitado à hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, cabendo ao Tribunal proceder a cassação do julgamento, determinando a realização de novo júri, o qual só será admitido uma única vez (CPP, art. 593, III, d, e § 3º).

Entende-se como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão totalmente divorciada da prova do processo, ou seja, que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório colhido nos autos.¹⁷⁹

¹⁷⁷ MARQUES, José Frederico. Op. Cit., p. 237.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 236.

¹⁷⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Tribunal do Júri: Procedimento Especial Comentado por Artigos**. 3ª ed. ver, ampl, atual. Salvador, JusPodivm, 2017, p. 361.

Assim, o princípio da soberania dos veredictos confere intangibilidade ou imutabilidade às decisões do júri. Tal intangibilidade é relativa, porquanto se admite cassação, em caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos ou para correção, em caso de erro ou injustiça na aplicação da pena e de sentença contrária à lei ou à decisão dos jurados.

Percebe-se, novamente, a colisão normativa em torno dos princípios constitucionais do júri, em que a plenitude de defesa, que obviamente abrange o duplo grau de jurisdição, encontra limitação na norma que garante a soberania dos veredictos.

Cabe registrar que o tratamento dessas diretrizes constitucionais como “princípios” constitui um tratamento mais apegado à tradição, que certamente não se vincula à distinção, oriunda da teoria dos direitos fundamentais, entre regras e princípios. Basta ver, por exemplo, que entre os chamados “princípios” figura a competência para os crimes dolosos contra a vida, a qual, por se tratar de norma afeta à competência, não está sujeita à ponderação, característica primordial de um princípio. Obviamente, trata-se de uma regra, uma vez que tal competência deverá ser aplicada inexoravelmente, cedendo apenas diante de outra regra de competência, não se podendo cogitar sua aplicação em maior ou menor medida. Ou seja, diante de um crime doloso contra a vida, a competência será ou não será, integralmente, do Tribunal do Júri. Portanto, à luz da teoria dos direitos fundamentais, como proposta por Robert Alexy¹⁸⁰ e abordada no capítulo anterior, tem-se aí uma regra, e não um princípio, portanto.

De modo diverso, porém, as normas que garantem plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos constituem autênticos princípios, uma vez que se aplicam segundo um modelo de ponderação, e não de acordo com o modelo de subsunção próprio das regras.¹⁸¹

3.3.3 Aspectos Infraconstitucionais e Normativos do Júri Brasileiro Frente à Garantia de Plenitude de Defesa

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva DA 5ª ed. *Alemã Theorie der Grundrechte*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

¹⁸¹ *Idem*, p. 90-91.

Embora não seja objeto deste trabalho dissertar sobre os aspectos procedimentais do júri, impõe-se analisar, ainda que sumariamente, a configuração assentada no plano infraconstitucional, no escopo de oportunizar um vislumbre global desse sistema normativo, formado de regras e princípios, a fim de demonstrar as peculiaridades do direito de defesa nesse contexto.

O júri brasileiro é composto por 1 juiz de direito e 25 jurados, consoante dispõe o art. 447 do CPP, e encontra seu ápice, justamente, na figura do jurado, que não detém conhecimento técnico, mas que julga com base na noção do justo existente em todos os seres humanos, letrados ou não. Cabe ao juiz togado exercer a presidência do julgamento e, em caso de condenação, aplicar a pena prevista em lei. Tal estrutura é determinante ao exercício do direito de defesa, na medida em que, enquanto o juiz está obrigado a fundamentar todas suas decisões durante o processo, aos jurados, no momento culminante do processo, julgam o mérito por íntima convicção, o que implica sonegar à defesa o acesso a qualquer tipo de motivação quanto à matéria de fundo.

Para exame dessa questão, impõe-se compreender a natureza escalonada do júri brasileiro, tal como estabelecido pelo CPP: há, de início, o *judicium accusationis*, ao qual sucede, quando pronunciado o réu, o *judicium causae*. Salaria Marques¹⁸² que o processo do júri, no Direito Processual Penal brasileiro, um dos poucos em que se mantém o antigo “sumário de culpa”, ou jurisdição instrutória, como fase propedêutica do juízo propriamente dito.¹⁸³

Enquanto a primeira fase se desenvolve integralmente perante o juiz, a segunda fase está direcionada ao julgamento em plenário a cargo dos jurados. Sendo assim, importa indagar se a plenitude de defesa está presente em todo o rito do júri, ou simplesmente a partir do momento em que os jurados passam a tomar parte do procedimento. Na 1ª fase temos, portanto, o *judicium accusationis* que é a fase de admissibilidade da acusação, regida pelo princípio *in dubio pro societate*, estendendo-se da denúncia até a decisão de pronúncia, consoante artigo 406 e seguintes do CPP. Exceto pelo aspecto decisório, uma vez que esta fase não encerra, salvo excepcionalmente, um julgamento de mérito, não há maior distinção

¹⁸² MARQUES, José Frederico. Op. Cit. p. 156.

¹⁸³ Não é pacífico o entendimento de que o procedimento do júri está composto por duas fases. Nucci considera que há três fases procedimentais, agregando, ao lado do *judicium accusationis* e do *judicium causae*, também a fase de preparação do plenário, outorgando autonomia aos atos judiciais posteriores à pronúncia e anteriores ao julgamento pelo júri propriamente dito. (NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 46-116.).

entre os atos processuais levados a efeito no processo do júri em relação aos atos processuais do processo comum.

Recebida a denúncia, o juiz ordena a citação do acusado para responder a acusação por escrito, no prazo de 10 dias. O réu deve responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 dias, contados do efetivo cumprimento do mandado de citação ou do comparecimento do acusado, no caso de citação inválida ou por edital. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 dias, concedendo-lhe vista dos autos. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público sobre preliminares e documentos, em 5 dias. A redação desse dispositivo autoriza a conclusão de que, caso não haja arguição de matérias preliminares nem oferecimento de documentos, a manifestação do órgão acusador é desnecessária.

A seguir, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, determinando a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 dias. Assim, segundo a regra geral, todas as provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível.

Colhem-se, primeiramente, as declarações do ofendido. A vítima deve ser ouvida, sempre que possível, independentemente de requerimento das partes. Nada obsta, porém, que seja arrolada por qualquer das partes, caso em que não poderá ser dispensada judicialmente sem a concordância da parte que a arrolou, salvo quando não for localizada.

As alegações das partes serão orais, tendo cada parte, acusação e defesa, prazo de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10 minutos. Ao assistente do Ministério Público serão concedidos 10 minutos, após a manifestação do parquet e ensejará a prorrogação do prazo do acusado por igual período. Na hipótese de haver mais de um acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um será individual. Até o presente momento, não há maior diferença entre o processo do júri e o processo comum. Encerrados os debates, porém, as distinções começam.

A decisão desta 1ª fase procedimental será de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária. Apenas neste último caso haverá julgamento de mérito.

A decisão de pronúncia, prevista no art. 413 do CPP, é uma decisão interlocutória mista não terminativa, a qual põe fim à 1ª fase do procedimento, mas não o extingue, abrindo-se a 2ª fase do procedimento. O juiz, convencido da existência material do fato criminoso e de haver indícios suficientes de que o acusado foi seu autor ou partícipe, encaminha o processo para julgamento perante o Tribunal do Júri.

Em virtude de a decisão de pronúncia encerrar mero juízo de admissibilidade da acusação, desnecessária a certeza jurídica que se exige para uma condenação. Em caso de dúvida, deve o juiz pronunciar o réu, pois vige o princípio *in dubio pro societate*.¹⁸⁴

A fundamentação da pronúncia se restringe a admitir a acusação, reconhecendo a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação. Havendo crime conexo, o juiz pronunciará o réu por crime doloso contra a vida (delito prevalente) e após examinará seus conexos. O juiz, então, encerra com o dispositivo legal em que julgar incurso o réu, especificando as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. Deve-se declarar, também, se o crime aperfeiçoou-se na forma tentada ou consumada. A decisão de pronúncia, no entanto, não deve ostentar qualquer outra referência a causas de diminuição de pena ou atenuantes genéricas, assim como agravantes. Em caso de concurso de crimes, o juiz deve indicar apenas em quais artigos está incurso o réu e por quantas vezes, deixando de mencionar se entende tratar-se de concurso material ou formal de crimes, ou ainda, se se cuida de hipótese de continuidade delitiva.

É nula a pronúncia com excesso de linguagem em relação a qualquer fato que interesse à acusação ou à defesa, pois o juiz deve exarar sua decisão sem influenciar o veredito do júri. Conforme esclarece Nucci:

¹⁸⁴ Não é pacífico tal entendimento, pois, conforme Badaró: Prevalece na doutrina o entendimento de que, se houver dúvida ao término da primeira fase, o acusado deve ser pronunciado, posto que a regra de julgamento seria *in dubio pro societate*. Discorda-se de tal entendimento. No tocante à materialidade, o art. 413, caput do CPP estabelece um critério de certeza: o juiz “se convencido” da existência do crime. Assim, se houver dúvida se existe ou não prova da ocorrência do crime, o acusado deverá ser impronunciado. Quanto à autoria, o requisito legal não exige certeza, mas sim a probabilidade da autoria delitiva: deve haver “indícios suficientes” de autoria. É claro que o juiz não precisa ter certeza ou “se convencer” da autoria. No entanto, se estiver em dúvida se estão ou não presentes os “indícios suficientes de autoria”, deverá impronunciar o acusado, por não ter sido atendido o requisito legal. Aplica-se, pois, na pronúncia, o *in dubio pro reo*. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 675-676.).

[...] a pronúncia não pode conter termos exagerado, nem frases contundentes (ex.: “é óbvio ser o réu o autor da morte da vítima”, quando ele nega a autoria.). Porém, não pode prescindir de motivação. Do contrário, não passaria de um mero despacho de expediente. Se a defesa alega e reclama do magistrado a absolvição sumária, por legítima defesa, por exemplo, torna-se essencial que o julgador afaste a excludente e pronuncie o réu, sem, contudo, manifestar-se avesso, terminantemente, à tese defensiva. Assim fazendo, pode comprometer a isenção futura dos Jurados, pois o defensor terá o direito de reiterar o pedido de absolvição, com base no mesmo motivo, em plenário¹⁸⁵

A intimação da pronúncia deve ser feita pessoalmente ao réu, ao defensor nomeado e ao Ministério Público, será por nota de expediente se o defensor for constituído, ao querelante e ao assistente ou por edital, se o réu solto não for encontrado (CPP, art. 420).

A decisão de pronúncia desafia recurso em sentido estrito. Expirado o prazo de recurso ou sendo este improvido, opera-se a preclusão da decisão de pronúncia (CPP, art. 421). Por não fazer coisa julgada material, sujeitando-se apenas à preclusão, admite-se a modificação da pronúncia a qualquer tempo, antes do julgamento trânsito em julgado, em face de circunstância superveniente que altere a classificação do crime (CPP, art. 421, § 1º). Ex.: vítima de tentativa de homicídio morre após a pronúncia em virtude dos ferimentos.

Consoante o art. 414 do CPP, não se convencendo da materialidade do fato ou não havendo indícios suficientes da autoria ou da participação, o juiz impronunciará o réu. Por via de tal decisão, chamada impronúncia, o julgador reconhece inexistir justa causa para submeter o acusado a julgamento pelo júri.

A impronúncia é decisão de natureza interlocutória mista, não faz coisa julgada material, portanto, caso surja nova prova, pode ser promovida nova ação penal, desde que não esteja extinta a punibilidade do agente.

Ao impronunciar o réu, o juiz deixa de examinar seus conexos.

A decisão de impronúncia sujeita-se a recurso de apelação.

Preclusa a impronúncia, o juiz deve remeter o processo ao juízo competente para o julgamento dos crimes conexos.

Dispõe o art. 415 do CPP que o juiz absolverá o réu, desde logo, quando provada a inexistência do fato, provado não ser o réu o autor ou partícipe, o fato for atípico ou se demonstrada causa excludente de culpabilidade ou ilicitude. Trata-se

¹⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 66-67.

de absolvição sumária, a qual consubstancia um autêntico julgamento de mérito, exigindo juízo de certeza. Como esta fase procedimental baseia-se no princípio *in dubio pro societate*, em caso de dúvida, o juiz deve decidir pela pronúncia. A constitucionalidade da absolvição sumária foi sempre questionada, por ser uma decisão de mérito proferida por juiz singular, que contrasta com a competência estabelecida constitucionalmente, assim como a soberania popular, também prevista na Constituição Federal.¹⁸⁶

Sobre o tema, Sanches Cunha¹⁸⁷ assentou que a absolvição sumária é consequência da dignidade humana, pois se destina- a evitar que alguém seja submetido a uma acusação infundada.

No caso de inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não se admite absolvição sumária se houver outra tese defensiva para exame pelo júri (CPP, art. 415, p. único).

Por tratar-se de sentença definitiva, a absolvição sumária produz coisa julgada material e desafia recurso de apelação.

Quando o juiz se convencer da existência de crime não doloso contra a vida, remeterá os autos ao juiz competente, ficando à disposição deste o réu preso, nos termos do art. 419 do CPP. Trata-se da desclassificação, que tanto pode ser para crime menos grave como para crime mais grave. Todavia, ao desclassificar para o crime de outra competência, não deve o magistrado tipificar o crime desclassificado, limitando-se a declarar que não se trata de crime doloso contra a vida.

Ocorre despronúncia quando o juiz se retrata na interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia, ou quando o tribunal dá provimento ao recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que pronunciou o acusado, excluindo o julgamento do Tribunal do Júri.

Encerrada, com a preclusão da decisão de pronúncia, a fase de admissibilidade da acusação, inicia-se a segunda etapa do procedimento escalonado do Júri, conhecida como *judicium causae*. É a fase de julgamento do mérito da causa, regido pelo princípio *in dubio pro reo*, em que a decisão de

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. ver. atual. São Paulo, Atlas, 2015, p. 724.

¹⁸⁷ CUNHA, Rogério Sanches. Op. Cit. p. 108.

pronúncia, em eu previamente admitiu a competência do Tribunal do Júri, é que delimitará o campo temático a ser apurado.¹⁸⁸

Inicia-se com a preparação do processo para julgamento em plenário, em conformidade com os artigos. 422 - 426 do CPP. Com efeito, após a preclusão da pronúncia, o juiz determinará a intimação do órgão do Ministério Público para apresentarem rol de até 5 testemunhas que irão depor em plenário, no prazo de 5 dias. Nesta oportunidade as partes poderão juntar documentos e requerer diligências.

Antes do julgamento propriamente dito, poderá haver o desaforamento (CPP, arts. 427-428), que consubstancia medida judicial excepcional, a qual busca deslocar a competência *ratione loci*, sempre que o interesse de ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do réu, a requerimento das partes, inclusive assistente, ou de representação do próprio juiz. Também poderá ser determinado o desaforamento por comprovado excesso de serviço, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 meses contados do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, caso em que só poderá ser requerido pelas partes. Consoante entendimento sumulado no STF¹⁸⁹, “é nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do Júri sem audiência da defesa”.

Vencida a etapa de preparação, tem lugar a sessão de julgamento, cuja primeira providência é a instalação, a qual fica sujeita à verificação das presenças. A ausência do Ministério Público implica adiamento da sessão para o primeiro dia útil desimpedido, comunicando-se ao Procurador-Geral, caso não seja justificada (CPP, art. 455).

Caso o defensor não compareça injustificadamente, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o réu ser julgado na próxima sessão, comunicando-se o fato à OAB e designando-se a Defensoria Pública para o novo julgamento ou nomear dativo para proceder a defesa na próxima data, sem prejuízo de o acusado comparecer nessa segunda oportunidade com defensor constituído (CPP, art. 456).

É facultativa a presença do réu no seu julgamento, mas é intuitivo que havendo justo motivo para o não comparecimento deve ensejar o adiamento.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit. p. 736.

¹⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 712.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=712.NUME.%20NAO%20S.F.LSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

A acusação pode, por outro lado, consignar a imprescindibilidade da presença do réu para eventual reconhecimento e para a realização de interrogatório, caso em que a presença do acusado passa a ser compulsória. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do réu solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado. Todavia, se o réu preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia livre desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa subscrito pelo réu e seu defensor (CPP, art. 457).

Com relação às testemunhas, sua ausência apenas implicará o adiamento da sessão de julgamento, se arrolada como imprescindível e intimada por mandado (CPP, art. 461). Portanto, as testemunhas residentes fora da comarca não estão obrigadas a deslocar-se até o local do julgamento para depor.

O juiz, diante da ausência, mandará conduzi-la de imediato ou adiará o julgamento, determinando a condução na data designada. De qualquer sorte, a ausência injustificada da testemunha fará com que incorra no crime de desobediência e na multa de 1 a 10 salários mínimos. Se, mesmo imprescindível, a testemunha não for encontrada no endereço fornecido, o julgamento não será adiado.

Verificadas as presenças, deve o juiz proceder à formação do Conselho de Sentença, isto é, seleção dos sete jurados que deverão julgar a causa. Este processo ocorre em plenário, consistindo o ponto culminante de processo seletivo que ocorre em três etapas: alistamento anual, sorteio e convocação para a sessão periódica mensal e, finalmente, sorteio para a composição do conselho de sentença. Resumidamente, forma-se uma lista geral, desta lista sorteiam-se 25 jurados na reunião periódica mensal, destes 25 jurados sorteiam-se 7 jurados para compor o Conselho de Sentença na sessão de julgamento, ficando estes automaticamente excluídos da lista geral do ano seguinte.

A sessão de julgamento será instalada se estiverem presentes pelo menos 15 jurados, computados os jurados excluídos por impedimento ou suspeição (CPP, art. 463). Não havendo esse número, o julgamento será redesignado, sorteando-se, desde logo, os jurados suplentes, em substituição aos faltantes (arts. 464 e 465). Aos suplentes aplicam-se as mesmas regras dos titulares (art. 446).

A formação do conselho de sentença ocorre na forma dos artigos 467 e seguintes do CPP: presentes 15 jurados, tem início o sorteio, no qual a defesa e,

depois dela, o Ministério Público poderão apresentar 3 recusas imotivadas (recusas peremptórias). Caso haja divergência entre os réus, ou entre um dos réus e o Ministério Público, o jurado deve ser excluído. O sorteio deve prosseguir enquanto houver a possibilidade de composição do conselho de sentença. Se, em razão do número excessivo de réus e de recusas, não for obtido o número mínimo de 7 jurados para compor o conselho, ocorrerá o chamado “estouro de urna”, com a cisão dos julgamentos, determinando-se nova data para julgamento, preferindo o julgamento do réu acusado de autoria.

O exercício das recusas peremptórias não impede o exercício de recusas motivadas, fundadas em suspeições, impedimentos ou incompatibilidades, não havendo, nesse caso, previsão de número máximo. O desacolhimento da recusa motivada não implica suspensão de julgamento, devendo constar na ata a recusa e a decisão judicial. Se, por impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa, não houver quórum para a formação do conselho de sentença, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido.

A seguir, tem início a instrução de plenário (CPP, arts. 473-475). A vítima deve ser notificada de ofício, mas caso tenha sido arrolada em caráter imprescindível e intimada por mandado, não pode o júri realizar-se sem a sua presença, a menos que a parte desista.

Na inquirição de testemunhas serão ouvidas primeiro as testemunhas de acusação, seguindo-se as arroladas pela defesa, podendo as partes inquiri-las diretamente. Ao contrário do que ocorre no rito comum, o juiz começa as inquirições. As perguntas dos jurados devem ser feitas indiretamente, reportando-se ao juiz-presidente, o qual poderá complementar a arguição. As partes e os jurados poderão fazer requerimentos, inclusive de leitura de peças.

Não se permitirá o uso de algemas no réu durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes. Conforme assentado na súmula vinculante nº 11 do STF:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e

de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.¹⁹⁰

Encerrada a instrução, terão início os debates. Primeiramente, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação por 1h30min, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que admitiram a acusação. O Ministério Público não está vinculado à imputação, podendo postular até mesmo a absolvição, mas nunca a condenação por crime mais grave. O assistente falará depois do Ministério Público, mediante acordo em relação a distribuição do tempo. Não havendo entendimento, deverá o juiz dividir o tempo entre eles.

Depois, terá a palavra à defesa por 1h30min. A insuficiência do desempenho do defensor acarretará a declaração de estar o réu indefeso, importando na dissolução do Conselho de sentença, hipótese em que se designará outra data para julgamento, do qual participará novo defensor.

Após o término da exposição da defesa, a acusação terá opção de ir à réplica, pelo prazo de 1 hora. Havendo réplica, a defesa terá a faculdade da tréplica. Atente-se que réplica e tréplica são facultativas, todavia se a acusação fizer uso da palavra, a defesa também deverá fazê-la, sob pena de incorrer em falta de defesa, ensejando a dissolução do Conselho de Sentença.

Havendo mais de um réu, o tempo de acusação e defesa deve ser acrescido de 1 hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica.

Durante os debates, é vedado às partes, sob pena de nulidade: a) fazer referência à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas, bem como referência ao silêncio do acusado ou a ausência de interrogatório por falta de requerimento (CPP, art. 478); b) a leitura de documento ou exibição de objeto que não tiver sido juntado com antecedência mínima de 3 dias úteis, dando-se ciência a outra parte, abrangendo qualquer documento cujo conteúdo versar sobre matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados (CPP,479). Tais vedações serão objeto de estudo detalhado no capítulo seguinte, uma vez que configuram restrição ao direito à plenitude de defesa estabelecida na constituição, fazendo surgir o problema inerente

¹⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

a uma contradição sistêmico-normativa, uma vez que o direito de defesa se torna, ao mesmo tempo, um direito pleno e restrito.

Durante os debates, o juiz tem atribuição de regulamentar os apartes, isto é, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo da parte adversária (CPP, art. 497, III e XII).

Encerrados os debates, tem início o julgamento, com inspiração no modelo francês, pelo qual são feitos quesitos aos jurados envolvendo todos os aspectos de acusação e defesa, cabendo ao magistrado, apenas, aplicar a pena, em caso de condenação (arts. 482 e seguintes do CPP).

Serão distribuídas cédulas opacas dobráveis, contendo em 7 delas a palavra SIM e em outras 7 a palavra NÃO. Impõe-se observar que as decisões do tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos, dispensando-se a abertura de todas as cédulas, sendo suficiente a resposta de mais de 3 jurados.

A sentença será proferida pelo juiz-presidente, devendo estar de acordo com o veredito dos jurados. No caso de condenação, a sentença fixará a pena-base, considerará as circunstâncias agravantes e atenuantes, imporá as causas de aumento ou diminuição, decidirá sobre a prisão do acusado, se presentes os requisitos da prisão preventiva e estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação. Obviamente, a sentença condenatória não comporta fundamentação de mérito, reportando-se ao veredito.

A sentença será lida em plenário antes de encerrada sessão de instrução e julgamento.

O recurso cabível da decisão do júri é a apelação (CPP, art. 593), que será admitida se houver nulidade posterior à pronúncia ou erro do juiz presidente, quando este contrariar a lei ou veredito dos jurados, bem como equivocar-se na aplicação da pena ou da medida de segurança. Nesses casos, o Tribunal procederá à devida retificação. Todavia, tratando-se de veredito manifestamente contrário à prova dos autos, não poderá haver retificação, devendo a superior instância cassar o veredito e determinar a realização de novo julgamento.

Essa breve revisão do procedimento do júri permite constatar que não é apenas perante os jurados que a plenitude de defesa se manifesta. Desde a resposta escrita à acusação, em que a defesa não está obrigada a esgotar a matéria, podendo limitar-se a fazer contestação genérica ao pleito acusatório, até o

fato de que a pronúncia deverá manter linguagem sóbria e comedida, a fim de não exercer influência sobre o veredicto, percebe-se que a atividade do juiz é no sentido, apenas, de promover um processo adequado à apreciação dos jurados. Por outro lado, verifica-se que só poderá o juiz decidir de mérito para beneficiar o réu, nos casos de absolvição sumária.

Uma vez que a plenitude de defesa está presente em todo o procedimento, e não apenas no júri, resta saber em que medida ela colide com a ampla defesa, já que se trata, na primeira fase, de julgamento realizado pelo juiz singular, o qual não decide, como os jurados, por íntima convicção.

Depois de ultrapassada a primeira fase, mas ainda durante a atuação exclusiva do juiz, percebe-se que a plenitude de defesa continua presente no procedimento, visto que a defesa tem privilégio no caso de desaforamento, na medida em que este pode ser realizado quando houver risco à segurança do acusado, sem que a lei mencione o risco aos jurados, juiz ou à acusação entre as hipóteses da medida excepcional. Até mesmo no caso da formação do conselho de sentença, como se viu, a defesa está em clara posição de vantagem, uma vez que poderá exercer as recusas antes da acusação.

As peculiaridades procedimentais acima examinadas deixam claro que o juiz do júri, quando atua em caráter singular, na primeira fase ou mesmo em parte da segunda, exerce atividade acessória, totalmente destinada a orientar o processo para a tomada de decisão dos jurados. E é justamente essa distinção de papéis jurisdicionais que determina a ampliação do direito de defesa nos julgamentos pelo júri.

3.4 A ampliação do direito de defesa nos julgamentos pelo júri: dimensões constitucionais do direito de defesa

Estabelecidas, ainda que sumariamente, as premissas normativas em que se desenvolve o processo e julgamento pelo júri em solo brasileiro, impõe-se destacar o ponto central do presente estudo, que diz respeito ao direito de defesa exercido perante esse tribunal.

Embora seja discutível tratar o próprio tribunal do júri como uma autêntica garantia individual, ainda que inserido constitucionalmente entre o rol das garantias, não resta a menor dúvida, como examinado no primeiro capítulo, que o direito de

defesa constitui um direito fundamental. Com efeito, emanam como expressão do Estado de direito, tanto os direitos do réu como do seu defensor¹⁹¹, havendo estreita ligação entre o direito de defesa e o direito de ação, assim como a vinculação entre defesa e contraditório, conforme esclarece Fernandes:

Não se vislumbra, contudo, entre a defesa e o contraditório relação de primazia ou derivação. Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal. O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa e, para que, no seu desenvolvimento seja garantida a correta aplicação da justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.¹⁹²

O mesmo autor assinala que essa ligação entre ação, defesa e contraditório merece ênfase no processo penal, porque, neste, o processo deve ser pleno, efetivo, de modo que se assegure o equilíbrio de forças entre acusação e defesa. É tão importante essa equivalência de forças que, na Itália, a corte Constitucional declarou estar o equilíbrio do contraditório assentado na paridade entre acusação e defesa, sendo necessário que à específica capacidade profissional do Ministério Público se contraponha semelhante qualificação que assista ao imputado.¹⁹³

Assim, o princípio da igualdade exsurge no processo penal como uma exigência do sistema acusatório, não sendo permitida qualquer diferença, por mínima que seja, entre o que é facultado e o que é exigido do acusador e do acusado.¹⁹⁴ Andrade, porém, adverte para a separação entre o que se denomina igualdade formal e igualdade material.¹⁹⁵

O princípio da igualdade projeta-se no processo penal como igualdade de armas, também chamado de *par conditio*, paridade de armas ou paridade

¹⁹¹ GOESSEL, Karl Heinz. **El defensor en el proceso penal**. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1989, p. 26.

¹⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit. p. 291.

¹⁹³ Ibidem, p. 291.

¹⁹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2013, p. 162.

¹⁹⁵ A igualdade formal está ligada ao modo frio como o princípio está previsto nas constituições, e se caracteriza por determinar um tratamento absolutamente igual a situações, pessoas ou fatos, cuja função é uniformizar as diferenças existentes, tratando de modo igualitário o que, muitas vezes, sabidamente não o é. A igualdade material significa uma prévia aceitação da existência das desigualdades, o que permite ao Poder Público em geral tratar as pessoas de modo diferenciado, para que se possa alcançar a igualdade real ou material de todos os indivíduos. Entendida dessa forma, a busca por uma igualdade material seria um dos objetivos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito. (ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. Cit. p. 162-166.).

processual, cujo objetivo é evitar a preponderância de uma parte sobre a outra. Em sentido processual, a expressão “armas” ora é entendida como palavra ou persuasão, no sentido de argumentação ou fundamentação, ora como situação, meios, oportunidade ou possibilidade, no sentido de que acusação e defesa tenham sempre as mesmas tarefas, meios, situações, oportunidades ou possibilidades de apresentar e propor provas, e para alegar, pedir, recusar e recorrer no processo. Ainda, armas podem ser entendidas como a necessária competência do defensor em relação ao acusador.¹⁹⁶

Não obstante, Andrade adverte para casos, apontados pela doutrina, que consubstanciam a quebra do princípio da paridade de armas no processo penal: a presença de um acusador público, o princípio do *favor rei* e as garantias processuais do acusado.¹⁹⁷ Sobre o primeiro, salienta que a supremacia estatal, nesse primeiro momento da persecução penal, é resultado da aplicação da igualdade material em benefício do Estado, a fim de se tentar neutralizar a vantagem inicial que o suposto criminoso possui em relação ao próprio Estado.¹⁹⁸

Quanto ao princípio do *favor rei*, também chamado *favor innocentiae*, princípio de liberdade ou *favor libertatis*, possui sentido negativo e positivo. O sentido negativo diz respeito às restrições impostas ao Estado para que um indivíduo possa ser privado de sua liberdade, como, por exemplo, a proibição de provas ilícitas para condená-lo ou a proibição de *reformatio in pejus*, enquanto o sentido positivo refere-se à criação de instrumentos de defesa de uso exclusivo do acusado, como, por exemplo, a presunção de inocência e aplicação da norma penal e processual mais favorável ao acusado.¹⁹⁹ A esse rol, podemos acrescentar de acordo com a ordem jurídica pátria, a revisão criminal, os embargos infringentes, o habeas corpus etc.

No que respeita às garantias processuais do acusado, estas se justificam como forma de compensação pelo fato de o acusador público utilizar o poder institucional do Estado. Um primeiro grupo de garantias é apontado como privilégio do acusado e fonte de desigualdade entre as partes, estando constituído pelo *in dubio pro reo* e pela *presunção de inocência*. Um segundo grupo se relaciona ao comportamento que pode ter o acusado ao longo da persecução penal, tais como o

¹⁹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. Cit. p. 174-175.

¹⁹⁷ Idem, p. 181-192.

¹⁹⁸ Idem, p. 181.

¹⁹⁹ Idem, p. 184-185.

direito de falar por último e o direito de se manter em silêncio. Salienda Andrade²⁰⁰ que o direito de falar por último simplesmente tenta preservar o direito de o acusado se defender de todos os argumentos utilizados por seu adversário, e não ser surpreendido com algum dado, elemento ou manifestação que não haja sido utilizado anteriormente durante o processo, enquanto o direito ao silêncio é manifestação dos princípios *nemo tenetur se detegere* e *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou seja, ninguém é obrigado a se acusar), criados para servirem de freio ao ímpeto estatal de descobrir a verdade, seja a que preço for.

O mesmo autor elenca, ainda, três armas que são reconhecidas unicamente em favor do acusado: a possibilidade de utilização de provas ilícitas para demonstrar a veracidade dos argumentos que sustenta, a inadmissibilidade de persecução múltipla por um mesmo fato punível e a possibilidade de revisão da sentença condenatória já transitada em julgado.²⁰¹

A desigualdade processual entre o acusador e o acusado, identificada, portanto, como um pressuposto, do processo penal contemporâneo²⁰², apresenta-se no procedimento perante o Tribunal do Júri com um aspecto de altíssima relevância, identificado doutrinariamente como *princípio da plenitude de defesa*.

Sabidamente, a Constituição Federal atribuiu duas dimensões ao direito de defesa: a ampla defesa para os acusados em geral (CF, art. 5º, LV) e a plenitude de defesa para os acusados perante o Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, a). Tal distinção não existia na Constituição brasileira de 1946, em que se assegurava a plenitude de defesa tanto aos acusados em geral e aos acusados no Tribunal do Júri (art. 141, §§ 25 e 28).²⁰³ A Constituição de 1967, todavia, embora mantendo o Júri entre as garantias individuais, conforme art. 150, § 18, nada disse acerca do direito de defesa, submetendo-o à regra geral prevista no § 15 do artigo 150, que trata da ampla defesa e recursos a ela inerentes²⁰⁴. Sobre essa aparente identidade entre as manifestações do direito fundamental de defesa, anteriores a 1988, Marques, ainda sob a égide da Carta de 1946, esclareceu que:

²⁰⁰ Ibidem. p. 188-189.

²⁰¹ Ibidem. p. 192-196.

²⁰² Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. Cit. p. 196.

²⁰³ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 Dez. 2017.

²⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 18 Dez. 2017.

Inseriu-se a cláusula, no § 28, depois de estar declarada em termos amplos no § 25, não para reforçar pleonasticamente esta última. A redundância aparente do texto constitucional tem sua razão de ser, pois certos preceitos jurídicos-processuais que não violariam os meios essenciais da defesa em juízo, - consagrados que fossem para o júri, viriam quebrar norma tradicionais da instituição, mantidas legislativamente como garantia maior da defesa do réu.

No art. 141, parágrafo 25, a defesa plena é assegurada como garantia genérica envolvendo toda a contextura jurídica da ordem legal. No parágrafo 28, a amplitude de defesa do réu vem assegurada como consagração prévia de formas processuais que ao júri se ligam com caráter de normas *pro defensionis*.²⁰⁵

Havia desde então, e há muito tempo, a convicção de que a defesa no júri deve ser exercida com maior ênfase e liberdade, dadas as peculiaridades do julgamento, em que a íntima convicção, associada à soberania dos veredictos, permite ao jurado decidir alheio às questões eminentemente técnicas que permeiam a decisão no processo da competência do juiz singular. Vale dizer, o âmbito de liberdade decisória do jurado, sendo maior que o do juiz singular, merece uma defesa também superdimensionada.

Há notável distinção entre os sistemas decisórios, sendo muito mais efetiva a liberdade de consciência dos jurados, conforme anota Badaró:

No sistema a **íntima convicção**, o juiz julga de acordo com o seu convencimento pessoal, mas não precisa motivá-lo ou justificar o julgado, podendo levar em conta para a formação do seu convencimento, inclusive, provas que não constavam do processo, ou fruto do seu próprio conhecimento privado. Este sistema foi adotado pelo Código Napoleônico de 1808. No sistema atual, a única previsão de julgamento pela íntima convicção é no Tribunal do Júri, na decisão dos jurados (CPP, art. 472).

No sistema da **persuasão racional** ou do livre convencimento, o juiz é livre para decidir, as deverá fazê-lo somente levando em conta as provas existentes no processo (*quod non est in actis no est in mundis*). Além disso, o juiz deve valorar as provas de forma lógica e racional, confrontando umas com as outras, segundo as regras de lógica e experiência. Todo o seu convencimento deverá ser motivado (CR, art. 93, IX), razão pela qual também é denominado sistema do **livre convencimento motivado**. É o sistema adotado no Código de Processo Penal.²⁰⁶

Certamente, não há identidade entre essas duas dimensões, tratando-se de manifestações em graus distintos do mesmo direito fundamental de defesa. Conforme acentua Campos²⁰⁷, no Júri, não basta a ampla defesa, cabível em todos

²⁰⁵ MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1955, p. 203.

²⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 423.

²⁰⁷ CAMPOS, Walfredo Cunha. Op. Cit. p. 8.

os processos, inclusive os administrativos. Segundo Badaró²⁰⁸, a plenitude de defesa exige uma defesa em grau ainda maior do que o da ampla defesa. A plena defesa prevista no Brasil para o Tribunal do Júri não se comunica com nenhum instituto do Direito Comparado, consistindo numa extensão da ampla defesa que visa a reforçar seu aspecto material.²⁰⁹

Nucci acrescenta que *amplo* é algo vasto, largo, copioso, enquanto *pleno* equivale a completo, pleno, absoluto, acrescentando:

O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se de qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações dos seres humanos.²¹⁰

Fernandes corrobora esse entendimento, assentando tratar-se de dois princípios, ainda que correlatos:

Quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar ao acusado do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando em conta principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada. Pode o juiz, no seu julgamento, de ofício, admitir em favor do acusado não apresentada pela defesa, mas os jurados não podem. Assim, há que se exigir mais do advogado do júri, e, daí, a necessidade de que se garanta ao acusado a plenitude de defesa, ou seja, uma defesa completa. Trata-se de uma garantia especial que se aplica à fase de plenário.²¹¹

Nassif também comunga da opinião de que se tratam de direitos distintos, esclarecendo que a ampla defesa se resume à oportunidade, enquanto a plenitude de defesa refere-se à efetividade:

Mesmo enfrentando o constituinte de 1988 o preceito sobre amplitude e defesa (art. 5º, LV, CF) erigiu também ao status de direito fundamental o da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, a, CF), com aparente redundância conceitual. Todavia, emerge da importância do fato julgando a razão inspiradora do legislador, ainda que se tenha presente o permissivo legal da ampliação infraconstitucional da competência do júri, para determinar que o acusado da prática de crime doloso contra a vida tenha efetiva e plena

²⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 663.

²⁰⁹ GUEDES, Gabriel Pinto. **Ampla e plena defesa: conteúdo, função e concretização**. In: Processo Penal e Garantias Constitucionais: estudos para um processo penal democrático. (Org. Nereu José Giacomolli, Vinicius Gomes de Vasconcelos). Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2014, p 87.

²¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 25.

²¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit. p. 188-189.

defesa. A simples outorga de oportunidade defensiva não realiza o preceito, como ocorre com a norma concorrente.²¹²

Brasileiro²¹³, a seu turno, vai além, sustentando que a plenitude de defesa compreende dois aspectos distintos: plenitude de defesa técnica e plenitude de autodefesa.

Com efeito, no júri o réu deve ser defendido de modo efetivo, devendo o juiz-presidente fazer essa análise e controle podendo, até mesmo, dissolver o Conselho de Sentença e declarar o réu indefeso, o que deve ser fiscalizado pelo próprio Promotor de Justiça.²¹⁴ Em nome da plenitude de defesa, sustenta-se inclusive a possibilidade de inovação na tréplica por parte do defensor do acusado, mesmo que isso cause surpresa ao acusador e impeça o contraditório.²¹⁵ Segundo Sanches Cunha, porém, a plenitude de defesa não significa a implantação de um verdadeiro vale-tudo. Sobre o tema, pondera o citado autor:

Mas admitamos que o constituinte não pretendeu apenas reforçar a ideia de ampla defesa quando cogitou da plenitude de defesa, Que tenha, efetivamente, se preocupado em garantir uma defesa absoluta, sem qualquer restrição, muito mais abrangente que a mera ampla defesa, que guardou para os demais procedimentos. Mesmo que tenha sido essa a *ratio legis*, será válida a inovação na tréplica? Continuamos entendendo que não. De sorte que estabelecer que a plenitude de defesa não significa dizer que a intenção do constituinte tenha sido de livrar o réu de todo e qualquer regramento processual. A plenitude de defesa não deve jamais importar na implantação de um verdadeiro vale-tudo, desprovido de qualquer disciplina e em franca violação às normas processuais.²¹⁶

Importa considerar que o processo, segundo a *teoria dos ônus processuais*²¹⁷, está pautado pelas atividades (ônus) das partes no sentido de afirmar (ao qual se opõe o ônus de contestar), provar e recorrer. No âmbito do processo penal, todavia, é preciso evidenciar que não há apenas poderes, faculdade, direitos, deveres, ônus e sujeições das partes, pois, consoante esclarece Fernandes:

²¹² NASSIF, Aramis. Op. Cit. p. 24.

²¹³ BRASILEIRO, Renato. Op. Cit. p. 366.

²¹⁴ GOMES, Márcio Schlee. Op. Cit. p. 44.

²¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. Cit. p. 664.

²¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Op. Cit. p. 253.

²¹⁷ A teoria dos ônus processuais, sua conceituação, distinção de figuras afins, inserção no sistema do processo, constituiu uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que se aportaram à sua ciência no século XX, servindo para esclarecer muitos pontos de dúvida e ditar o correto direcionamento e justa medida da consequência dos possíveis comportamentos omissivos das partes. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 201.).

Predominou inicialmente uma visão individualista do devido processo legal, destinado a resguardar direitos públicos subjetivos das partes. Essa orientação teve seu período de fausto na primeira metade do século XX e parte da segunda. Perdeu força ante a preponderância de uma ótica publicista, segundo a qual as regras do devido processo legal são garantias, não direitos, das partes e do justo processo.²¹⁸

No processo penal, portanto, que concilia os interesses da punição com o *jus libertatis*, e diante da garantia de defesa constitucionalmente estabelecida, as atividades de afirmar, provar e recorrer surgem como um direito do acusado e, em se tratando de júri, numa perspectiva de plenitude.

Quanto ao direito de afirmar, este consiste na possibilidade do réu de ser ouvido pessoalmente e por meio de advogado. Abrange, portanto, tanto a defesa técnica quanto a autodefesa. Segundo Dinamarco²¹⁹, o ônus (leia-se: direito) de afirmar acompanha as partes em todo o processo, sendo normalmente por atos indutivos da maior importância, como a afirmação (pelo réu) de fatos extintivos modificativos ou impeditivos, a incompetência, suspeição ou impedimento do juiz, a da afirmação da procedência ou improcedência da demanda ao cabo da instrução etc. Obviamente, que o direito de afirmar, no que diz respeito abrange o direito de “não afirmar”, diante da garantia constitucional ao silêncio. No júri, o direito de afirmar ganha especial importância, na medida em que os jurados são livres para decidir com base em argumentos desprovidos de amparo técnico-jurídico, levando Streck²²⁰ a afirmar que os discursos dos operadores jurídicos (acusação e defesa) no júri estão permeados, majoritariamente, pela visão de que o que mais importa é o autor do fato criminoso, e não o próprio fato cometido pelo acusado. Enquanto a acusação explora o tema relacionado ao “desvio” do réu, a defesa, em contrapartida, utiliza “o poder dos fracos”, em que a humildade e a passividade do réu, geralmente sentado com a cabeça entre as mãos e muitas vezes chorando, é lugar comum nos julgamentos populares, em que os acusados podem ser percebidos como “coitados”, como “fracos”, como “pobrezinhos”, ou, em outras palavras, de certo modo são “santificados pelo sofrimento que o ritual lhes impõe”.²²¹

²¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit. p. 47.

²¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 202.

²²⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. 3. ed. rev., mod., e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 103.

²²¹ Ibidem, p. 106.

*Com isso, os conflitos sociais que fazem parte da sociedade “real” acabam sucumbindo à ritualística processual, pela qual os fatos são catapultados para o plano da retórica. A dialética é reprimida pela “pororoca” provocada pelo encontro dos discursos no plenário. Aparentemente, tem-se uma tese e uma antítese; na prática, duas teses que apontam caminhos diferentes, onde, porém, o ponto de chegada é o mesmo: uma sociedade “sem rupturas”. Isto porque o espaço de “confrontação” em plenário tem bem delineados os seus limites, é dizer, as contradições secundárias podem ser exploradas à saciedade, desde que não se firam as contradições principais.*²²²

Essa ordem de ideias determina que o direito de afirmar, perante os jurados, seja exercido dentro de limites éticos. Conforme assevera Rangel:

Nesse sentido, não há validade no discurso utilizado perante o Tribunal do Júri se não o utilizar com ética, ou seja, se o outro não for visto como um ser igual a nós, na sua diferença, e que é desprovido dos mecanismos necessários para uma perfeita inserção social. O consenso obtido com a linguagem compromete, ou pode comprometer, a vida e, portanto, não serve como instrumento de realização de justiça. É antiético, carece de legitimidade e não encontra harmonia com o texto constitucional, pois transforma a coação estatal em violência ao perder legitimidade.²²³

A defesa se manifesta, também, pelo direito à prova, o qual é de primeira importância para a efetividade da garantia constitucional da ação e da defesa e, correlativamente, o seu não-exercício conduz a consequências mais graves quanto ao resultado substancial do processo.²²⁴

Pondera Fernandes²²⁵ que o direito à prova liga-se estritamente aos direitos de ação e defesa, pois nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada a oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações, tratando-se, pois, de um direito subjetivo público ou cívico. O citado autor alinha, ademais, os seguintes desdobramentos do direito à prova:

- a) direito de requerer a produção da prova;
- b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova;
- c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção;
- d) direito a participar da produção da prova;
- e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório;
- f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz;
- g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito;

²²² Ibidem, p. 109.

²²³ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 17.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 204.

²²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit. p. 78.

h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.²²⁶

É bem verdade que o direito à prova no júri está permeado pelas peculiaridades inerentes à íntima convicção dos jurados e à soberania que lhes é constitucionalmente assegurada. Por isso:

Não há que se estranhar a divergência entre um tribunal togado, adstrito à lei e à prova, obrigado à fundamentação e auto-limitado pelas “normas aconselháveis” de jurisprudência, e um tribunal de consciência eu existe, precisamente, para romper os quadros rotineiros e lançar-se, em braçadas livres, ao pélagos das compreensões.²²⁷

É certo que o júri decide por sua livre e natural convicção, de sorte que não é o jurado, como o juiz, a decidir pelas provas do processo, contra os impulsos da consciência, uma vez que a multiplicidade infinita dos fatos e a necessidade social de uma decisão verdadeira e justa impeliram o legislado a conceder ao jurado uma esfera de ação mais ampla.²²⁸

No plano do direito de defesa está, ainda, o direito de recorrer. A própria Constituição Federal, ao tratar da ampla defesa, dispõe que esta se exerce com os recursos a ela inerentes, consagrando assim o princípio do duplo grau de jurisdição. Esclarece Santos que o fundamento do direito de recorrer como expressão do direito de defesa está na falibilidade humana e na segurança jurídica:

O duplo grau de jurisdição é princípio que norteia o direito processual brasileiro, no qual são previstos inúmeros recursos e medidas passíveis de utilização na impugnação das decisões judiciais. Sua justificativa encontra amparo em razões de falibilidade humana (do julgador), garantia de justiça e segurança jurídica aos pronunciamentos jurisdicionais, assim como no princípio da igualdade, do qual decorre a ideia de se garantir decisões iguais a situações juridicamente idênticas.²²⁹

Convém ressaltar que, no Tribunal do Júri, o direito de recorrer está em conflito com a norma constitucional que estabelece a soberania dos veredictos, de modo que o duplo grau de jurisdição sofre profunda restrição diante de uma decisão oriunda do Conselho de Sentença. A superação do impasse e conciliação dos preceitos normativos da plenitude de defesa e soberania dos veredictos encontra

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 79-80.

²²⁷ BARBOSA, Ruy. Op. Cit. p. 15.

²²⁸ Ibidem, p. 15.

²²⁹ SANTOS, Luciano Aragão. **A natureza (constitucional?) do duplo grau de jurisdição no direito processual brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14753>. Acesso em: 12 Dez. 2017.

solução infraconstitucional, mais precisamente na regra insculpida no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal brasileiro, que sujeita o veredicto ao duplo grau de jurisdição apenas quando se tratar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, conforme estabelece o art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. Mesmo assim, o Tribunal não tem permissão para modificar a decisão dos julgadores leigos, podendo apenas desconstituir o julgamento e determinar a realização de um novo, providência que só poderá ocorrer uma vez, independentemente de quem a tenha provocado, a teor do § 3º do dispositivo citado.

Cumprido observar que a plenitude de defesa produz efeitos em ambas as fases do rito escalonado do júri. Tanto isso é verdade que o juiz, já no limiar da relação processual, garantirá o exercício da defesa por meio de nomeação de defensor, caso não haja oferecimento da resposta no prazo legal, nos termos do art. 408 do CPP. Além disso, tal resposta poderá articular todos os argumentos e requerer todas as provas necessárias ao exercício da defesa, ou, como recomenda a melhor técnica processual, pelo contrário, alegar o mínimo possível, a fim de não antecipar para a acusação os argumentos que serão, no futuro, apresentados ao conselho de sentença, pois, conforme salienta Nassif:

Em verdade, esta defesa preliminar, sucessora da antiga defesa prévia, dirige-se, mais no sentido de oportunizar ao acusado “alegar tudo que interesse à sua defesa”, pelo que se pode admitir que apresentem as teses defensivas de mérito. Mas, sabidamente, aqueles mais afeitos ao Tribunal do Júri reservarão as teses substanciais para sustentação quando dos debates orais nesta fase (judicium accusationis) ou para o plenário, perante os julgadores de fato.²³⁰

No mesmo sentido, Rangel²³¹ assevera que a defesa técnica não deve, nessa peça processual, esmiuçar sua tese defensiva, mostrando ao Ministério Público sua bateria de provas.

Percebe-se, portanto, que a defesa no júri é mais abrangente do que a defesa exercida nos demais processos criminais, de modo que a expressão plenitude de defesa insculpida na Constituição não significa mera redundância em relação à ampla defesa também constitucionalmente estabelecida. Diversos dispositivos denotam essa característica, além do fato de que os jurados julgam por íntima

²³⁰ NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 39.

²³¹ RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 100.

convicção, o que concerne a um âmbito muito maior e quase ilimitado de exercício da convicção, o que exige, por certo, que a defesa se exerça também em âmbitos mais amplos que aquela exercida perante a convicção limitada do julgador singular, que julga segundo o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

Isso significa dizer que enquanto no júri, ressalvadas as exceções legais, não há limites para o exercício da defesa, que pode fundar-se inclusive em argumentos meta-jurídicos e estranhos aos autos, nos processos perante o juiz singular a defesa está adstrita às provas carreadas aos autos e aos argumentos técnico-jurídicos. Essa distinção entre as formas de exercício da defesa decorre do fato de ser distinto o sistema decisório do juiz em relação ao sistema de decisão dos jurados.

Uma vez que o juiz singular decide de acordo com o sistema da livre convicção fundamentada, também denominado sistema de persuasão racional, tendo obrigação de se vincular à prova dos autos e de fundamentar suas decisões, é natural que a defesa seja também vinculada aos elementos de prova e suportada por argumentos jurídicos. No caso dos jurados, porém, uma vez que se adota o sistema da certeza moral ou da íntima convicção, sendo tais julgadores livres para decidir sem apego às provas ou a teses jurídicas, a defesa exercida perante eles será naturalmente mais ampla que aquela exercida perante o juiz singular.

Em outras palavras, a extensão ou amplitude do direito de defesa varia de acordo com a extensão ou amplitude da cognição judicial. Nos processos perante o júri o direito de defesa é mais amplo que nos processos em geral porque, no júri, a decisão dos jurados é também mais ampla, já que podem vir à tona argumentos divorciados da prova judicializada e até mesmo aqueles que não tenham fundamentação jurídica.

É nesse sentido, portanto, a fim de se estabelecer limites éticos à atuação das partes diante de tamanha amplitude decisória, que se criam barreiras ao direito de alegar e de provar, cuja análise, do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, será objeto do capítulo seguinte.

4 AS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE DEFESA E A COLISÃO NORMATIVA DIANTE DA PLENITUDE DE DEFESA

A partir da constatação de que a defesa no júri constitui uma dos aspectos da desigualdade processual anunciada por Andrade²³², mas justificada pelo modelo decisional próprio, que consagra o sistema da certeza moral ou da íntima convicção dos jurados, em detrimento do sistema da livre convicção fundamentada ou persuasão racional, na medida em que os jurados não estão adstritos nem à prova e nem aos argumentos trazidos aos autos, tampouco necessitando fundamentar suas decisões, impõe-se, doravante, examinar de que forma a defesa no júri é exercida, com foco nas colisões de princípios e restrições ao direito fundamental de defesa.

Partindo da premissa da pretensão de correção, será feita uma análise das restrições ao direito de defesa estabelecidas pelos artigos 478 e 479 do CPP, abordando-se ainda a questão da “duvidosa” constitucionalidade desses dispositivos.

Em seguida, será examinada a colisão entre os princípios da ampla defesa e da plenitude de defesa, à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy. Finalmente, ainda à luz da teoria dos princípios, serão pauta de exame as restrições à plenitude de defesa contida nos artigos 478 e 479 do CPP, que consubstanciam limites ao direito de alegar e de provar, respectivamente, no sentido de que a validade desses dispositivos depende a correção da decisão dos jurados.

4.1 O “Mito da Verdade Real” Diante da Dimensão Procedimental do Estado Democrático de Direito e a Premissa da Pretensão de Correção

O campo do Direito é um dos que cuida particularmente bem do problema da verdade, não importando se essa tarefa é entregue a um júri, a um juiz, a um ministro ou algum tipo de tribunal especial, e uma das formas de justificar ou criticar os processos judiciais consiste em tentar estabelecer o grau em que aquilo que é estabelecido como verdadeiro coincide efetivamente com o mundo real tal como ele se apresenta.²³³ No processo penal, especialmente, diante da indisponibilidade dos interesses em jogo, instituiu-se que impera a busca pela verdade real. Todavia,

²³² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ª edição. Curitiba, Juruá, 2013, p. 181-192.

²³³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 95-96.

como registra Pacelli, a verdade real não passa de um mito, pois toda a verdade judicial é sempre uma verdade processual.

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal.

O aludido princípio, batizado como verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, como a imparcialidade, de convicção e atuação, do juiz, impedem-no.

Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.²³⁴

Segundo Streck²³⁵, o princípio da verdade real é um estereótipo, que sugere mais do que uma aceitação teórica e reivindica práticas que não se conformam exatamente à função de um princípio científico.

Ora, a verdade dita “material” não se diferencia da assim chamada “verdade formal”. Nesse sentido, a contribuição da hermenêutica é de fundamental importância, a partir da ideia de que “a verdade” no campo jurídico é uma *verdade-hermenêutica*, é dizer, a experiência de verdade a que se atém a hermenêutica é essencialmente retórica, com profundos coloridos pragmáticos, como se pode retirar das lições de Vattimo. É também neste sentido que deve entender-se tese heideggeriana pela qual a ciência não pensa.²³⁶

Em outro viés, a dimensão procedimental do Estado de Direito significa, segundo Pereira²³⁷, que o Estado não pode atuar arbitrariamente na aplicação das normas jurídicas, invadindo a esfera dos cidadãos sem conceder-lhes uma adequada oportunidade para se defenderem, dando lugar à disputa jurídica, que se realiza na forma de discurso jurídico.

²³⁴ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo, Atlas, 2015, p. 333.

²³⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 3. Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 79.

²³⁶ Idem, p. 77.

²³⁷ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 28-50.

A dimensão procedimental do Estado de Direito, como visto, possibilita a criação do espaço institucional para o desenvolvimento da disputa jurídica, a qual se realiza na forma de um discurso jurídico, que tem por objetivo provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos. Todo o trabalho dos órgãos judiciais e, mais especificamente, o dos aplicadores do direito, pode dizer-se que consiste em produzir argumentos para a resolução de casos, sejam individuais ou genéricos, reais ou fictícios.²³⁸

Diante das características do julgamento pelo júri, em que pessoas leigas decidem com soberania e íntima convicção, devem ser criados mecanismos para assegurar que a verdade judicial esteja de acordo com a verdade dos fatos, uma vez que os juízes se apresentam como solucionadores imparciais de disputas, razão pela qual se faz necessário o estudo do processo de justificação das decisões judiciais como argumentação jurídica.²³⁹

A teoria da argumentação sustenta que tanto o discurso jurídico quanto o discurso prático tratam de questões práticas, pois nos dois casos do que se trata é a justificação do que pode ser feito ou não deve ser feito.²⁴⁰

Nas discussões jurídicas estabelecidas na aplicação das normas jurídicas e na produção de decisões judiciais e, portanto, de proposições normativas particulares, não se trata de outra coisa que não exatamente de uma questão prática, pois, ao final, resulta que um determinado curso de ação deve ser realizado ou omitido definitivamente. Isso vale para os mais variados casos da práxis jurídica: da acusação e da defesa, que se dirigem aos jurados no tribunal do júri; dos juízes participantes de uma sessão de julgamento colegiada, que se dirigem uns aos outros; dos juízes, que se dirigem às partes e destas, que se dirigem ao juiz. Em todas essas discussões, do que se trata é da definição sobre um determinado curso de ação ser proibido, obrigatório ou permitido. Portanto, as discussões jurídicas em torno da aplicação das normas jurídicas na produção de decisões judiciais são questões práticas.²⁴¹

Salienta Gavião Filho²⁴² que o que difere o discurso jurídico do discurso prático são as razões institucionais, como normas jurídicas e as decisões judiciais, que são constitutivas para o primeiro e não para o segundo. A necessidade do discurso jurídico, segundo Alexy²⁴³, surge da debilidade das regras e formas²⁴⁴ do

²³⁸ Ibidem, p. 32.

²³⁹ Ibidem, p. 53.

²⁴⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, p. 145.

²⁴¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Ibidem, p. 145.

²⁴² Idem, p. 147.

²⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 279.

discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva. Todavia, o discurso jurídico é inseparável do discurso prático e a conexão entre ambos se evidencia especialmente na coincidência estrutural das respectivas regras e formas, sendo que a Ciência do Direito pode ser entendida como a institucionalização estável do discurso prático sob a condição de existência de um ordenamento jurídico.²⁴⁵

Por meio desta institucionalização pode-se alcançar resultados que não seriam possíveis unicamente pelo discurso prático geral. A discussão amplia-se consideravelmente nos aspectos temporais, pessoais e objetivos. Assim, pode-se aumentar tanto a consistência como também o caráter diferenciado da decisão. A consistência é exigida diretamente pelos princípios de não contradição, universalidade e inércia; o caráter diferenciado da decisão, indiretamente, por meio da exigência de admissibilidade e de consideração de todos os argumentos, que encontra expressão na regra de razão. O cumprimento dessas exigências corresponde às funções desenvolvidas pela dogmática de: estabilização, progresso, controle e heurística.²⁴⁶

Um processo judicial, portanto, não pode ser entendido sem referência à teoria do discurso, pois ele exige que as partes e os juízes devam argumentar racionalmente. Assim, no âmbito da teoria da argumentação, não se postula que as disputas jurídicas sejam uma comunicação sem coação e sem restrições, e sim que nas disputas jurídicas as discussões tenham lugar sob a pretensão de correção.²⁴⁷ A pretensão de correção colocada pelo Direito se refere não apenas à correção moral, mas também à correção ética e à correção pragmática, uma vez que o discurso jurídico não é um caso especial do discurso moral, e sim do discurso geral prático em suas dimensões moral, ética e pragmática.²⁴⁸

A questão acerca da validade da restrição do uso de provas e argumentos vincula-se à busca de uma decisão correta, já que as determinações de fato exigem,

²⁴⁴ Sobre as regras e formas do discurso prático geral, ver: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Op. Cit., p. 186-203. As formas de argumentos e as regras de justificação externa do discurso jurídico podem classificar-se, grosso modo, em seis grupos: regras e formas (1) de interpretação, (2) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática geral e (5) da argumentação empírica, assim como (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Op. Cit., p. 229.).

²⁴⁵ Idem. p. 282.

²⁴⁶ Idem. p. 282-283.

²⁴⁷ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Op. Cit. p. 153.

²⁴⁸ Idem. p. 148.

sempre, uma avaliação de provas.²⁴⁹ O Direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção, o que significa a afirmação de uma correção, a garantia da justificação e a esperança do reconhecimento da correção, ou seja, colocar a pretensão de correção de uma decisão judicial é afirmar que **a** é correto, garantir que **a** pode ser justificado e ter a expectativa de que todos os destinatários vão aceitar **a**.²⁵⁰ Conforme Gavião Filho, essa pretensão de correção não é promovida pelo Direito em si mesmo, mas sim por intermédio de seus operadores.

O Direito promover pretensão de correção significa que a promovem somente os sujeitos que atuam no e para o Direito ao cria-lo, interpretá-lo, aplicá-lo e impô-lo. É o caso do legislador democraticamente escolhido para dar leis e do juiz. Igualmente, é o caso de todos os que atuam no e perante o sistema jurídico. Por isso mesmo, então, a tese de que o Direito não promove nenhuma pretensão (*Law claims nothing*) deve ser entendida no sentido de que o Direito, por si mesmo, não coloca qualquer pretensão.²⁵¹

O argumento da pretensão de correção pressupõe a tese da vinculação necessária entre o conceito de direito e a moralidade.²⁵² Segundo Alexy:

Um juiz prolata a seguinte sentença: “Em nome do povo, condena-se o senhor N à pena de dez anos de privação de liberdade, o que é uma interpretação equivocada do Direito vigente.” Com essa sentença, o juiz indubitavelmente abandona sua função social e infringe também, em todos os sistemas jurídicos, regras do Direito positivo que o obrigam a interpretar corretamente o Direito vigente. Contrariaria também regras sociais se pronunciasse a sentença sem se barbear e vestido em trapos. O caráter incorreto da sentença é, porém, de tipo completamente diferente, pois não esclarece se o juiz deitou de lado totalmente sua função social. A sentença infringiria também as regras do Direito positivo caso a interpretação fosse equivocada e o juiz dissesse que, não obstante, era correta. Outrossim, teria havido incorreção se o juiz supusesse erroneamente que sua interpretação era equivocada e era, na verdade, acertada, conforme o direito positivo. Isso mostra que o que aparece aqui é mais do que uma ofensa às regras sociais ou jurídicas. Em uma decisão judicial se formula necessariamente a pretensão de que o Direito se aplica corretamente, ainda que essa pretensão possa cumprir-se em muito pouca medida.²⁵³

Uma vez que não se trata de buscar no processo penal a verdade real, e sim a verdade judicial, importa que esta e aquela sejam verdades coincidentes e, para tanto, impõe-se revestir o julgamento de mecanismos que elevem ao máximo o grau

²⁴⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Op. Cit., p. 97.

²⁵⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Op. Cit. p. 153.

²⁵¹ Idem, p. 155.

²⁵² Idem.

²⁵³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 318.

de correção da decisão do júri. Trata-se, portanto, de investigar se as restrições aos direitos de alegar e de provar, consubstanciadas nos artigos 478 e 489 do CPP, convergem para a pretensão de correção da decisão dos jurados, o que só é possível se tais restrições estiverem em consonância com o sistema de proteção dos direitos fundamentais adotado pelo Estado Democrático de Direito.

4.2 Visão Analítica das Restrições ao Direito de Plena Defesa no Júri

Enquanto a Constituição Federal estabelece que o direito de defesa no júri será exercido de forma plena, o legislador ordinário estabeleceu restrições ao direito de plena defesa, gerando situação aparentemente paradoxal e contraditória.

Tais restrições estão elencadas no CPP, artigos 478, incisos I e II, e 479, abrangendo restrições tanto ao direito de alegar, quanto ao direito de provar. É curial perceber que tais restrições operam, justamente, no momento decisivo do procedimento, ou seja, perante os jurados, os quais, teoricamente, não têm limites para julgar, uma vez que o fazem amparados no sistema de íntima convicção.

A seguir, serão examinadas, separadamente, cada uma das restrições mencionadas.

4.2.1 As restrições ao Direito de Alegar

Uma vez que um dos elementos essenciais da ampla defesa é o direito à produção de alegações de fato e de direito, através de defesa processual ou de mérito, limitadas ao âmbito cognitivo da demanda²⁵⁴, a primeira restrição ao direito fundamental de defesa no júri é, justamente, a que diz respeito ao direito de produzir alegações.

Tal limitação está prevista no CPP da seguinte maneira:

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

²⁵⁴ FILHO, Orlando Venâncio dos Santos. **A dogmatização da ampla defesa**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2005, p. 140.

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.²⁵⁵

Note-se, primeiramente, que essa norma foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 2008, por meio da Lei 11.689, que reformulou integralmente o capítulo do júri no CPP, após anos de tramitação no Congresso Nacional e depois de intenso trabalho de uma comissão de juristas presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover. Segundo Nucci²⁵⁶, o legislador buscou evitar o comum equívoco, na avaliação das provas, por parte dos jurados, ao levarem em consideração determinados símbolos de culpa, tais como as algemas ou o silêncio do réu, o que, segundo esse autor, é impossível de ser controlado.

O inciso I consubstancia a proibição ao argumento de autoridade, que constitui o argumento baseado no prestígio, utilizando atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese.²⁵⁷ No caso versado por esse inciso, utiliza-se o prestígio do juiz ou tribunal que tenha pronunciado o acusado, admitindo a acusação contra ele, ou da autoridade judiciária que tenha determinado o uso de algemas.

No que diz respeito à pronúncia, a previsão normativa orienta-se no sentido de que não o juiz, ao decidir, não exerça nenhuma influência sobre os jurados, uma vez que essa decisão constitui mero juízo de admissibilidade da acusação. Tanto isso é verdade que o art. 413, § 1º, do CPP, estabelece que “a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.”. Não pode pronúncia, portanto, conter excessos de linguagem ou adjetivações capazes de influenciar os jurados. De acordo com Badaró:

A decisão de pronúncia, como de resto qualquer decisão judicial, deve ser motivada, por expresse mandamento constitucional (CR, art. 93, IX). O art. 413, § 1º, do CPP, dispõe que o juiz deverá indicar quais os elementos de prova existentes nos autos que caracterizam a “materialidade do fato” e quais representam os “indícios suficientes de autoria. Ou seja, deve indicar

²⁵⁵ BRASIL. **Lei 3.689**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: Jan. 2018.

²⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 189.

²⁵⁷ PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Chaim Perelman; Lucie Olbrechts-Tyteca. Tradução: Maria Ermantina Prado Galvão. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 348.

os elementos e prova dos autos que lhe permitem concluir que há certeza da material de probabilidade de autoria. A motivação, contudo, deve ser sucinta e sem profundidade exagerada, cabendo ao juiz formulá-la com moderação de linguagem, em termos sóbrios e comedidos, sob pena de representar prejulgamento capaz de influir no posterior convencimento dos jurados. Assim, é vedado ao magistrado tecer considerações aprofundadas ou definitivas a respeito do mérito da causa, com afirmações categóricas do juiz no sentido de que, por exemplo: “há prova da autoria”, ou “está cabalmente provado o dolo”, ou por fim, “a prova afasta totalmente a alegação de legítima defesa”. Nestes casos, a prova será nula, podendo aparte recorrer ou impetrar habeas corpus.²⁵⁸

Conforme anotam Pacelli e Fisher, não pode a fundamentação da pronúncia exercer influência sobre os jurados, quebrando sua imparcialidade.

Consoantes iterativos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais – com os quais nos alinhamos -, há muito sempre se defendeu que, na sentença de pronúncia, o juiz (ou Tribunal provendo o recurso contra a impronúncia), deveria ser o mais comedido possível na fundamentação. O que constava expressamente no art. 408 do CPP agora é regulado pelo § 1º do art. 413 do CPP [...]. A razão do dispositivo – antes apenas na doutrina e na jurisprudência – estava em que a decisão judicial não poderia servir como forma de influenciar no livre convencimento dos jurados, que compõem o juízo natural para o *judicium causae*. É dizer, poderiam eles ser influenciados por eventual decisão de juiz ou tribunal que, mais incisivamente, reconhecesse algum elemento dos autos que pudesse favorecer especialmente a acusação.²⁵⁹

Os jurados, como pessoas comuns e alheias às rotinas forenses, costumam ver no juiz uma referência moral e um profissional imparcial, cujo único interesse é a realização de justiça. Diante disso, adquire poder de convencimento tudo aquilo que o juiz diz e escreve, de modo que não pode a acusação, ou mesmo a defesa, fazer uso indevido das palavras utilizadas pelo magistrado na pronúncia, conferindo-lhe força condenatória ou absolutória pela via da argumentação, quando se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação.

O mesmo inciso trata, ainda, da proibição de utilizar, como argumento de autoridade, a decisão que determina o uso de algemas, assunto que sempre despertou grande polêmica, culminando pela edição, pelo STF, da Súmula Vinculante nº 11, cujo teor é o seguinte:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. rev., atual, ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 677.

²⁵⁹ FISHER, Douglas; PACELLI, Euênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. São Paulo, Atlas, 2017, p. 973.

preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.²⁶⁰

Costuma-se objetar que uma vez que a pronúncia é entregue aos jurados e faz parte do acervo dos autos, não haveria sentido na restrição.²⁶¹ Convém observar, porém, que não se trata de proibir irrestritamente qualquer menção a esses elementos. O que é vedado é a utilização desses elementos “como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”, ou seja, como forma de amparar a tese articulada perante os jurados. A simples menção, desprovida de conotação argumentativa, não gera nulidade.

A pesquisa realizada no site do STF demonstra que tem sido esse o entendimento reiterado da corte, como se pode ver, por amostragem, nos seguintes precedentes.

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Tribunal do júri. Art. 478, I, do CPP. Vedação de referências “à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”. Interpretação do dispositivo. A lei não veda toda e qualquer referência às peças. Apenas sua utilização como argumento de autoridade é vedada. No caso da pronúncia, é vedada sua utilização como forma de persuadir o júri a concluir que, se o juiz pronunciou o réu, logo este é culpado. 3. Negado provimento ao recurso ordinário.²⁶²

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. O ART. 478, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO VEDA TODA E QUALQUER REFERÊNCIA À DECISÃO DE PRONÚNCIA, MAS APENAS A SUA UTILIZAÇÃO COMO ARGUMENTO DE AUTORIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I – Embora o presente habeas corpus tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. II - O art. 478, I, do CPP (com redação dada pela Lei 11.689/2008) não veda toda e qualquer referência à

²⁶⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://hstf.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

²⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 189.

²⁶² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. RHC 120598 / MT - MATO GROSSO. Julgado em 24/03/2015. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9003003>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

decisão de pronúncia, mas apenas a sua utilização como argumento de autoridade, o que não se dá na espécie. III – Ordem denegada.²⁶³

Também no mesmo sentido:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRIBUNAL DO JÚRI. VIOLAÇÃO DO ART. 478, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. Compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, cabendo-lhe, enquanto órgão ad quem, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade positivo ou negativo quanto a tal recurso de fundamentação vinculada. Salvo hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, inadmissível o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. Ausência de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia hábeis a ensejar o deferimento da ordem de ofício. Referências à sentença de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas no curso dos debates somente importam em nulidade quando utilizadas como argumento de autoridade a beneficiar ou prejudicar o acusado, situação não evidenciada nos autos. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.²⁶⁴

O que realmente caracteriza a restrição, portanto, não é o argumento em si, mas seu modo de utilização.

A segunda restrição diz respeito à argumentação que invoca o silêncio do acusado ou ausência de interrogatório. Tal restrição está intimamente relacionada ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual garante que ninguém pode ser constrangido a produzir prova contra si. O direito de permanecer calado é garantia que decorre da Constituição Federal, ao consagrar o princípio *nemo tenetur se detegere* (CF/88, art. 5º, LXIII), o que impede a utilização do silêncio como prova de acusação ou de defesa, raciocínio aplicável à ausência de interrogatório, pois, conforme já se manifestou o STF, além de não ser obrigado a prestar

²⁶³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 132556 / SP - SÃO PAULO. Julgado em 23/05/2017. Relator Min. Ricardo Levandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998272>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

²⁶⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. HC 127307 AgR / SP - SÃO PAULO. Relator Min. Rosa Weber. Julgado em 17/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11916068>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

esclarecimentos, o acusado possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio.²⁶⁵

Conforme anotam Fisher e Pacelli²⁶⁶, sendo vedado ao juiz considerar o silêncio em desfavor do réu (CPP, art. 186, parágrafo único), por se tratar de direito constitucional previsto no art. 5º, LXIII, da CF, também não poderá ser arguido para reforçar a acusação perante o júri.

4.2.2 As Restrições ao Direito de Provar Perante os Jurados

O direito à produção de prova constitui um dos aspectos fundamentais do direito fundamental de defesa. Conforme acentua Gomes Filho, o direito à prova no processo penal tem dignidade constitucional, pois representa a garantia das cláusulas do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal.²⁶⁷

Sem embargo, em que pese a plenitude de defesa consagrada aos acusados nos processos de júri, a lei estabelece restrições ao direito de produção de provas, pois, segundo o CPP:

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.²⁶⁸

Veja-se que não se trata de proibir a produção da prova, mas de estabelecer um prazo limite, de três dias antes do julgamento, para sua juntada e ciência à parte contrária. Assim, a norma não constitui uma autêntica regra de exclusão, mas,

²⁶⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. HC 84517 / SP - SÃO PAULO. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 19/10/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357942>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

²⁶⁶ FISHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. Op. Cit. p. 976.

²⁶⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 13.

²⁶⁸ BRASIL. **Lei 3.689**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

antes, uma norma de admissão da prova, que condiciona a atuação das partes à preservação do contraditório e do direito de defesa.

Conforme anotam Fisher e Pacelli²⁶⁹, quer-se com o dispositivo em tela evitar surpresas à parte adversária em face das provas já produzidas e juntadas aos autos, excepcionando-se a regra do art. 231 do CPP, que permite apresentação de documentos em qualquer fase do processo. A norma abrange não só a juntada, como a cientificação da parte contrária.

Exatamente por isso é que há de se compreender que não só a juntada, mas também a cientificação da parte contrária deverá ser realizada dentro do tríduo mínimo previsto em lei. De nada adiantaria haver previsão legal de juntada dos documentos no prazo de três dias úteis se a intimação se desse, por exemplo, no dia imediatamente anterior ao julgamento.²⁷⁰

O *caput* do artigo 479 restringe a produção de documentos e objetos. Já o parágrafo único adota fórmula de interpretação analógica, incluindo na restrição a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.

Esse dispositivo, embora incluído pela Lei nº 11.689/08, não constituiu exatamente uma inovação, uma vez que a restrição já existia, anteriormente, na antiga redação do art. 475 do CPP. O que fez o legislador foi incluir na restrição um conceito mais abrangente de prova documental, adequando a legislação às inovações tecnológicas da atualidade. Embora o conceito de documento esteja previsto no art. 232 do CPP, abrangendo quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, Pacelli²⁷¹ afirma que a noção de documento deve ser a mais flexível possível, porque dependente do conteúdo que se quer com ele demonstrar, pois o que realmente importa é sua originalidade, ou seja, deve-se, entender como documento qualquer manifestação materializada, por meio de grafia, de símbolos, de desenhos e, enfim, que seja uma forma ou expressão de linguagem ou comunicação, em que seja possível a compreensão e seu conteúdo.

²⁶⁹ FISHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. Op. Cit. p. 976.

²⁷⁰ Idem, p. 976.

²⁷¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 437.

Sobre o revogado art. 475, onde havia uma restrição semelhante, Fraga e Nassif comentaram acerca da abrangência do conceito de documento:

No entanto, o conceito de documento, embora previsto legalmente – art. 232 – não tem recebido da jurisprudência a mesma definição, apesar de alguns arestos asseverarem que, por se tratar de preceito restritivo, não pode ter interpretação extensiva. O termo documento, porém, não tem sido reduzido a quaisquer escritos, instrumentos ou papéis públicos ou particulares, como insculpido no art. 232, mas tem sido entendido de modo amplo, incluindo aí quaisquer objetos com os quais se pretenda comprovar um fato ou uma determinada situação, englobando, por conseguinte, a projeção de gravações de áudios, vídeos, gráficos, produções computadorizada, apresentações de vestes, de armas, etc. Por outras palavras, o termo “documento” tem sido compreendido como qualquer objeto que se constitua em prova nova, pois somente assim se justifica a comunicação com antecedência à parte adversa.²⁷²

Isso impõe, por outro lado, uma distinção, nem sempre fácil de fazer, entre prova nova e elementos de mero apoio aos debates, demonstrativos das alegações das partes, como podem ser cartazes, gráficos e bonecos utilizados para facilitar as alegações das partes.²⁷³ Efetivamente, a restrição ao direito de provar só pode existir diante de prova nova. Em se tratando de elementos meramente ilustrativos das alegações das partes, como croquis, bonecos, gráficos etc., o que ocorreria seria uma restrição ao direito de alegar. Não foi essa, porém, a dimensão dada pelo legislador ao art. 479 do CPP, que abrange todo e qualquer elemento físico, escrito ou não, relacionado ao fato em julgamento. Pelo que se percebe da disposição, pouco importa tratar-se ou não de prova nova. Desde que tenha relação com o fato em julgamento, quer se trate de prova ou elemento de apoio às alegações, estará incluído na restrição e só poderá ser utilizado se houver respeito ao tríduo legal. Evidentemente, não estão incluídos no alcance da restrição livros de doutrina, jurisprudência, artigos científicos etc.

4.2.3 Nulidade Relativa e a “Duvidosa Constitucionalidade” das Limitações Impostas Pelos Artigos 478 e 479 do CPP

O objetivo neste tópico não é examinar a constitucionalidade dos artigos 478 e 479, pois isso implica antecipar o resultado do presente trabalho. Pretende-se, isto

²⁷² FRAGA, Márcio André Keppler; NASSIF, Aramis. **Código de processo penal comentado**. Org. Marcus Vinicius Boschi. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 392.

²⁷³ *Ibidem*, p. 392.

sim, estabelecer o limite e, ao mesmo tempo, o alcance dogmático dessas restrições, sob o viés de um julgado do STF que mencionou tratar-se de norma com “duvidosa constitucionalidade”.

Atento ao fato de que os arts. 478 e 479 do CPP implicam restrições ao direito fundamental de defesa, uma vez que este determina a participação no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilicitamente²⁷⁴, o STF afirmou que tais dispositivos devem ser interpretados restritivamente, não abrangendo outras restrições além daquelas expressamente referidas, chegando a mencionar a questão da “duvidosa constitucionalidade” das referidas normas. É nesse sentido o julgado proferido pela Segunda Turma do STF no RHC 13368, cuja ementa é a seguinte:

Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Processo Penal. 2. Suspensão do julgamento pelo Tribunal do Júri até a preclusão da pronúncia. Mesmo objeto do HC 132.512, afetado ao Plenário. Litispendência. Extinção da ação. 3. As instâncias ordinárias determinaram a exclusão do exame de alcoolemia. Pedido de exclusão de peças processuais que fazem referência à realização do exame. A denúncia, a pronúncia, o acórdão e as demais peças judiciais não são provas do crime, pelo que, em princípio, estão fora da regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos – art. 5º, LVI, da CF. A legislação, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, tampouco determina a exclusão de peças processuais que a elas façam referência – art. 157 do CPP. Não se pode impedir que os jurados tenham conhecimento da própria realização da prova ilícita e dos debates processuais que levaram a sua exclusão. As limitações ao debate em plenário são pontuais e especificadas nos arts. 478 e 479 do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/08. A exclusão de prova ilícita não é contemplada nas normas de restrição ao debate. Normas de discutível constitucionalidade e que vêm sendo interpretadas restritivamente pelo STF. Precedentes. 4. Extinta a ação de habeas corpus, quanto ao pedido de suspensão do julgamento pelo Tribunal do Júri, por litispendência, e, de resto, negado provimento ao recurso.²⁷⁵

No corpo do acórdão, consta que:

Registro, ademais, que a própria constitucionalidade das normas de restrição ao debate tem sido questionada com bons argumentos. Nucci, por exemplo, defende que a censura de referências a documentos dos autos beira à inconstitucionalidade (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri.

²⁷⁴ PEREIRA E SILVA, Igor Luis. **Princípios Penais**. Salvador, Editora Juspodivm, 2012, p. 270.

²⁷⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. RHC 137.368 - Paraná. Julgado em 29/11/2016. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268767>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 237). Na mesma linha, no já citado RHC 120.598, houve menção lateral sobre a duvidosa constitucionalidade do art. 478 do CPP.²⁷⁶

O que Nucci²⁷⁷, citado pelo acórdão do STF, sustenta, é que somente as provas ilícitas poderiam ser objeto de restrição, em face de imperativo constitucional.

A vedação imposta pelo art. 478, I e II, do CPP, em nosso entendimento, além de ingênua, beira a inconstitucionalidade. Cerceia-se o direito de qualquer das partes de explorar as provas lícitas constantes dos autos. Somente as ilícitas é que estão vedadas pela Constituição Federal (art. 5º, LVI). Ora, a contrário senso, são admissíveis no processo todas as provas obtidas por meios ilícitos. A decisão de pronúncia, por exemplo, é a que finaliza a fase de formação da culpa e demonstra haver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, motivo pelo qual a patê interessada pode dela valer-se como bem quiser.

No tocante à atuação da defesa, com muito mais razão, havendo em seu favor a plenitude de defesa, nem se diga que não pode valer-se da pronúncia ou do acórdão que a confirme. Se até mesmo de provas ilícitas pode o defensor utilizar-se, conforme o caso, para garantir a absolvição do réu, quanto mais no tocante às provas lícitamente produzidas.²⁷⁸

Diante dessas considerações, o desrespeito às vedações previstas nos artigos 478 e 479 do CPP tem sido tratado como hipótese como nulidade relativa,²⁷⁹ dependendo de oportuna arguição, bem como a comprovação do prejuízo, além do que, apresentado um documento sem prévia audiência da parte contrária, mas que não contenha nenhum dado relevante, ou se o documento foi apreendido pelo juiz, não há ensejo para nulidade.²⁸⁰

Importa investigar, portanto, a natureza do direito de defesa, a fim de compreender as restrições estabelecidas nos artigos 478 e 479 do CPP a partir da teoria dos princípios.

4.3 O Direito de Defesa e a Teoria dos Princípios

²⁷⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. RHC 137.368 - Paraná. Julgado em 29/11/2016. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268767>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

²⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 191.

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ BARROS, Francisco Dutra. **Manual do júri**. Leme (SP), JH Mizuno, 2017, p. 199.

²⁸⁰ SANCHES CUNHA, Rogério. **Tribunal do Júri: procedimento Especial Comentado por Artigos / Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto**. 3. Ed. ver. ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2017. p. 265-266.

Desde o debate de Dworkin com Hart afirma-se que o direito não é apenas um sistema de regras, mas de regras e princípios.²⁸¹ Todavia, a definição de princípio está longe de ser uma ideia pacífica, sendo objeto de variadas concepções ao longo da história do direito.

4.3.1 Teoria dos princípios e a ponderação

Enquanto o positivismo jurídico concebeu os princípios com um caráter secundário, ao trata-los como ferramentas de preenchimento de lacunas, resultando numa variedade de fórmulas, cujo conteúdo pode ser reduzido a particulares dados históricos²⁸², o pós-positivismo, centrado na proteção aos direitos humanos, conferiu protagonismo aos princípios e deu origem ao que a doutrina constitucional chegou a denominar de Estado Principiológico.²⁸³

Streck²⁸⁴ alude ao “pamprincipiologismo” para designar a forma como o Direito foi inundado por uma produção de *stadars* valorativos, álibis teóricos pelos quais se pode dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei, já que um princípio – sem qualquer densidade deontológica – tem a “força” de derrotar o direito posto. O autor atribui esse fenômeno à forma como o neoconstitucionalismo foi assimilado pelo Brasil:

Entretanto, no caso brasileiro, que fez uma frágil leitura do positivismo jurídico (em especial, kelseniano), este assunto começa a ganhar destaque a partir da assimilação das teses neoconstitucionalistas, que surgiram na Espanha e na Itália. O neoconstitucionalismo, dentre outros aspectos, redimensionou o papel dos princípios de tal modo, repercutindo num reforço ao ativismo judicial, na medida em que os princípios passaram a ser concebidos como um modo de abertura interpretativa.

No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério “jurídico” que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro álibi retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão o nome “princípio” para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a

²⁸¹ STRECK, Lênio. STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte, Letramento, Casa do Direito, 2017, p. 34.

²⁸² ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 303 e seguintes.

²⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 23.

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 149.

cunhar a expressão *pamprincipiologismo* para designar esse fenômeno, que se transformou em uma verdadeira fábrica de princípios.²⁸⁵

No âmbito das práticas jurídicas, o conceito de princípio é articulado em vários contextos de uso, podendo aparecer na linguagem jurídica com, pelo menos, três significados: a) como princípio geral do Direito; b) como princípio jurídico-epistemológico; c) como princípio pragmático-problemático, que esse autor opta por nomear como princípios constitucionais. Os princípios gerais do Direito são articulados teoricamente com a função de solucionar os problemas gerados pela insuficiência do modelo exegético-conceitual e, resgatando o mundo prático, passaram a ser “pautas orientadoras da normação jurídica”. Os princípios constitucionais (pragmático-problemático) são aqueles que se desenvolvem no contexto do movimento constitucional do segundo pós-guerra e institucionalizam o mundo prático, destroem os dualismos das tradições anteriores e instauram um novo modo para se pensar o significado do termo princípio. Assim, a Crítica Hermenêutica do Direito afirma existir uma ruptura paradigmática entre os princípios constitucionais e os princípios gerais do Direito, ou seja, uma verdadeira descontinuidade, em que os primeiros não podem simplesmente ser considerados sucedâneos dos outros.²⁸⁶

Em sua obra *Verdade e Consenso*, Streck afirma, ainda, que o termo princípio será invocado de diferentes modos, dependendo da função que se reivindica.

Na verdade, o que ocorre nesta babel de posições e opiniões (no sentido de *doxa*), em que se constitui o pós-positivismo à brasileira, é uma incompreensão radical dos pontos determinantes para a determinação do próprio conceito de princípio. Não se nota, entre nós, uma preocupação mais amíúde, visando elucidar os diferentes modos que podem ser utilizados para articular o conceito de princípio. Ou seja, dependendo da função que se reivindica, o termo princípio será invocado para se referir a âmbitos muitos distintos de denotação.

Veja-se, por exemplo, que uma teoria do Direito pode usar o termo princípio reivindicando para ele um significado puramente epistemológico. Este é o caso do princípio da imputação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Também é com função epistemológica – de índole positivista, é preciso frisar – que se constroem os chamados princípios do Direito processual, princípios do Direito administrativo, princípios do Direito penal etc. Porém, é de se perguntar: qual o significado pragmático desempenhado por tais princípios? Dito de outro modo, como é que tais princípios podem influir na decisão judicial de modo a legitimar – democraticamente – esta mesma decisão? Afinal, qual a validade desses “princípios”?

Nem os princípios gerais do Direito nem os princípios epistemológicos podem responder a tais questões.²⁸⁷

²⁸⁵ Idem, p. 149.

²⁸⁶ STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit. p. 238-242.

²⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. Ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 578-579.

Para Larenz²⁸⁸, os princípios são normas de grande importância para a interpretação conforme a Constituição, notadamente os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais, com prevalência da dignidade da pessoa humana.

A base da teoria dos princípios formulada por Robert Alexy estabelece que as normas distinguem-se em regras e princípios. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.²⁸⁹

Há diversos critérios para distinguir regras de princípios.²⁹⁰ O principal critério estabelece que o grau de generalidade das normas é alto, enquanto das regras é baixo. Outros critérios são a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema, a importância para a ordem jurídica, ou, ainda, o fato de serem razões para regras ou serem eles mesmo regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.²⁹¹ Com base nesses critérios, vislumbram-se três teses quanto à distinção entre regras e princípios: a primeira sustenta que a distinção é fadada ao fracasso, a segunda sustenta que a distinção é entre regras e princípios é simplesmente de grau, e a terceira tese diz que a distinção é tanto gradual quanto qualitativa.²⁹²

Adepto da terceira tese, no sentido de que a distinção entre regras e princípios não é apenas de grau, mas também qualitativa, Alexy sustenta que regras são *mandamentos definitivos*, ao passo que os princípios são *mandamentos de otimização*, pois, enquanto as regras se aplicam por *subsunção*, de acordo com um modelo de tudo ou nada, os princípios se aplicam mediante ponderação, ou seja, pedem “que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível

²⁸⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Op. Cit. p. 87.

²⁹⁰ Sobre os vários autores que propuseram distinções entre regras e princípios, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 35-40.

²⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Op. Cit. p. 88-89.

²⁹² Idem. p. 89-90.

relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas”.²⁹³ Princípios são deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante do fato.²⁹⁴

Nesse sentido, o conceito de princípio de Alexy afasta-se da concepção de Dworkin, para quem os princípios são padrões a serem cumpridos por uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, a fim de solucionar os chamados casos difíceis, isto é, aqueles casos para os quais as regras não apresentam solução.²⁹⁵

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A. Hart como alvo, quando um alvo especial se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.

[...]

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças diversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.²⁹⁶

Portanto, o conceito de princípio de Dworkin é um conceito restrito, já que princípios são apenas as normas que podem ser utilizadas como razões de direitos fundamentais, enquanto as normas que se referem a interesses coletivos são tratadas como políticas. Diversamente, para Alexy²⁹⁷, os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto coletivos.

Segundo Alexy, é distinto o caráter *prima facie* de regras e princípios, pois estes exigem a realização de algo na medida do possível, enquanto as regras contêm um mandamento definitivo. Por conseguinte, princípios são sempre razões

²⁹³ ALEXY, Robert. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Luís Afonso Heck (organizador, tradutor, revisor); Anízio Pires Gavião Filho. (et. Al.). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed. 2015, p. 11.

²⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

²⁹⁶ Idem, p. 35-36.

²⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Op. Cit. p. 106.

prima facie e regras são, se não houver o estabelecimento de uma exceção, razões definitivas.²⁹⁸ Princípios e regras são considerados como razões para ações ou razões para normas, que podem ser gerais-abstratas ou individuais, isto é, juízos concretos de dever-ser.²⁹⁹ Uma vez que os princípios e regras sejam compreendidos como razões para normas, a relação de fundamentação fica limitada a objetos de uma categoria, o que facilita seu manejo e análise lógica. Alexy sustenta que tantos princípios, como regras, podem ser razões para outras normas e também para decisões concretas.

Um dos critérios para a diferenciação entre regras e princípios classifica os princípios como razões para regras, e somente para regras. Se esse critério fosse correto, princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas. A compreensão de que os princípios são razões para regras e as regras são razões para decisões concretas (normas individuais) tem, à primeira vista, algo de plausível. Mas, a partir de uma análise mais detalhada, essa concepção mostra-se incorreta. Regras também podem ser razões para outras regras e princípios podem ser também razões para decisões concretas.³⁰⁰

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.³⁰¹ Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.³⁰² A declaração da regra inválida é feita por meio de postulados simples como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, ou simplesmente de acordo com a importância de cada norma em conflito.³⁰³

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Quando dois princípios colidem, o que acontece quando algo é permitido por um princípio e proibido por outro, um dos princípios terá que ceder, o que não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido ou que nele seja introduzida uma cláusula de exceção. O que de fato ocorre é que um dos princípios tem precedência em determinadas condições; em outras condições, a questão da precedência poderá ser resolvida de forma distinta. Portanto, enquanto os conflitos

²⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Op. Cit. p. 106.

²⁹⁹ Idem. p. 107.

³⁰⁰ Idem. p. 107.

³⁰¹ Idem. p. 91.

³⁰² Idem. p. 92.

³⁰³ Idem. p. 93.

entre regras ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.³⁰⁴

Segundo Alexy³⁰⁵ a “lei de colisão” constitui um dos fundamentos da teoria dos princípios e pode ser enunciada nos seguintes termos: “*As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.*”. A lei de colisão reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações não quantificáveis.

Esclarece Ávila que a distinção entre princípios e regras deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada pela declaração de invalidade de uma delas ou com a inclusão de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras constituem obrigações absolutas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.³⁰⁶

O caráter dos princípios como mandamentos de otimização leva imediatamente a uma união necessária de princípio e proporcionalidade, a qual se desdobra, por sua vez, em idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto idoneidade e necessidade dizem respeito à otimização relativamente às possibilidades fáticas ou reais, a proporcionalidade diz respeito aos custos da aplicação do princípio. Todavia, custos são inevitáveis quando princípios colidem e, então, uma ponderação torna-se necessária.³⁰⁷

Conforme Alexy:

A ponderação é o objeto do terceiro princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio expressa o que significa otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que pode ser designada como “lei da ponderação”.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 93-94.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 99.

³⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, Op. Cit. p. 38-39.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alex. Luís Afonso Heck (organizador, tradutor, revisor); Anízio Pires Gavião Filho. (et. Al.). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed. 2015, p. 12.

Ela diz: quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.³⁰⁸

Esclarece Gavião Filho³⁰⁹ que a ponderação não se confunde integralmente com o princípio da proporcionalidade. Este deve ser tomado em sentido mais amplo, pois a ponderação está no princípio da proporcionalidade, que se compõe de três princípios parciais: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três princípios parciais expressam uma ideia de otimização, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

Enquanto os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades fáticas, o princípio parcial da proporcionalidade cuida das possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão.³¹⁰

Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam mandamento a ser otimizado em relação às possibilidades fáticas e não tratam de ponderação, mas do modo de evitar “intervenções em direitos fundamentais que sem custos para outros princípios são evitáveis”. O campo da ponderação é o do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, que expressa mandamento de otimização em relação às possibilidades jurídicas. Então, a ponderação é o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito. Esse é o conceito de ponderação empregado como regra que diz como são aplicados os princípios.³¹¹

Contestando o argumento que confere irracionalidade à ponderação, por supostamente autorizar o intérprete a decidir com base em suas próprias valorações e intuições morais, utilizando a ponderação como recurso retórico para decisões particularistas e imprevisíveis, Gavião Filho³¹² sustenta que o problema não está na ponderação em si mesma, mas no *como* ela é aplicada para resolver os casos de colisão de princípios. Sem uma estrutura e sem critérios materiais, a ponderação é instrumento pouco útil para a aplicação do direito.³¹³ Assim, na busca da

³⁰⁸ Idem, ibidem, p. 12-13.

³⁰⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Luís Afonso Heck (organizador, tradutor, revisor); Anízio Pires Gavião Filho. (el. Al.). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed. 2015, p. 148.

³¹⁰ Idem, ibidem, p. 149.

³¹¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Op. Cit. p. 148-149.

³¹² Idem, ibidem, p. 152.

³¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, Op. Cit. p. 145.

razoabilidade, devem ser observadas regras da estrutura da ponderação e regras das razões. Pelas regras da estrutura:

A ponderação deve ser estruturada em três passos, que correspondem a uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção em um princípio e os graus de importância de realização de outro princípio.

[...]

Os dois primeiros passos da estrutura da ponderação se referem à atribuição do grau de intensidade de intervenção em um princípio e do grau de importância de realização de outro princípio. Assim, deve ser verificado o grau de intensidade da intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio. O terceiro e último passo da estrutura da ponderação é reservado para relacionar esses graus. Nesse passo, deve ser comprovado se a importância da realização de um princípio justifica a intensidade da intervenção em outro princípio.³¹⁴

A outra parte da racionalidade realizável é dada pelas razões da ponderação, pois, se estas não forem apresentadas, não há decisão racional. Com as razões da ponderação nasce a conexão necessária entre ponderação e argumentação jurídica.³¹⁵

Conforme adverte Streck³¹⁶, o Brasil se tornou o único país a positivizar a ponderação como método de decisão, ao estabelecer, no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil, que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.³¹⁷

A ponderação resulta no estabelecimento de precedência de um princípio sobre outro, que Alexy³¹⁸ denomina precedência condicionada, ou seja, uma precedência que depende das condições do caso concreto. Portanto, a precedência de um princípio em relação a outro pode se modificar de acordo com as condições de cada caso. Assim, as possibilidades de decisão de um caso concreto a partir da solução de uma colisão de princípios são as seguintes:

³¹⁴ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Op. Cit. p. 153.

³¹⁵ Idem, ibidem, p. 160.

³¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Op. Cit. p. 156-57.

³¹⁷ Streck critica esse dispositivo, acusando-o de abrir a possibilidade de haver ponderação entre regras e salienta que “com todas as críticas que se podem fazer a Alexy, a ponderação do novo CPC fica muito aquém de sua teoria. Pior que isso: conflita com o artigo 93, inc. X, da CF, e com o resto do próprio CPC/2015”. Op. Cit. p. 157.

³¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 96.

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$: essa hipótese sugere que o princípio 1 (P_1) precede (\mathbf{P}) o princípio 2 (P_2) de forma incondicionada.
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$: essa hipótese sugere que o princípio 1 (P_2) precede (\mathbf{P}) o princípio 1 (P_1) de forma incondicionada.
- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$: essa hipótese sugere que o princípio 1 (P_1) precede (\mathbf{P}) o princípio 2 (P_2) sob determinadas condições (C).
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$: essa hipótese sugere que o princípio 2 (P_2) precede (\mathbf{P}) o princípio 1 (P_1) sob determinadas condições (C).

Não são admitidas as relações do tipo (1) e (2), isto é, de precedência incondicionada, também chamadas abstratas ou absolutas. Essa afirmação vale de forma geral para as colisões entre princípios de direito constitucional, com exceção do princípio da dignidade humana.³¹⁹

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentado pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com os direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais que um sujeito de direito.³²⁰

A ressalva de Alexy³²¹ à dignidade da pessoa humana é porque este direito desperta a impressão de um caráter absoluto, o que se justifica porque a norma da dignidade humana é tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também pelo fato de existir um grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade prevalecerá contra os princípios colidentes.

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade

³¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Op. Cit. p. 97.

³²⁰ Idem, p. 111.

³²¹ Idem, p. 111-114.

humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação alguma em face de alguma possível relação de preferência.³²²

Gavião Filho³²³ esclarece que a lei ponderação é decomposta em três passos, em que são avaliados: a) o grau o não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; b) a importância do cumprimento do outro; c) se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justificado grau do não-cumprimento ou prejuízo do outro. Alexy expressa a intensidade de intervenção concreta no princípio por meio da notação IP_iC , onde P_i representa o princípio, I representa a intensidade da intervenção e C representa as circunstâncias relevantes do caso para decisão. A notação equivalente ao princípio contrário é IP_jC , que representa o peso concreto da importância do princípio contrário (P_j). Para a fixação de intensidade de intervenção e da importância de cumprimento, Alexy propõe um modelo triádico, caracterizado pelas expressões leve, médio e grave, de modo a atribuir a I_i (intensidade de intervenção no princípio P_i) e a I_j (grau de importância do princípio P_j) os graus leve, médio ou grave, considerando as circunstâncias do caso (C). Após serem fixados os graus de intensidade, o próximo passo é coloca-las em relação uma com a outra, a fim de estabelecer a primazia³²⁴, o que é feito por meio da fórmula de peso.

A ideia de ponderação a fim de verificar a primazia por meio do peso dos princípios em colisão é chamada por Alexy de lei do sopesamento e pode ser expressa da seguinte forma: *quanto maior for o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.*³²⁵

Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada *lei do sopesamento*. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula “dentro das possibilidades jurídicas”, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos

³²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 111-114.

³²³ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Op. Cit. p. 97.

³²⁴ Há 3 conjunturas possíveis: primazia de P_i sobre P_j , Primazia de P_j sobre P_i ou empate. (GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Op. Cit. p. 97.).

³²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 167.

princípios não é determinado em si mesmo o de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos.³²⁶

Gavião Filho³²⁷ explica que a fórmula do peso, representada pela equação $G_{i,j} = I_i/I_j$, contém os graus das intensidades de intervenção e da importância de cumprimento do princípio colidente. Assim, I_i e I_j representam os graus de intervenção e importância dos princípios em colisão, considerando sempre as consequências do caso, enquanto $G_{i,j}$ representa o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j , sendo que Alexy representa os pesos da seguinte forma: 1 para peso leve, 2 para peso médio e 4 para pelo grave. Assim, por exemplo, no caso de I_i grave (=4) e de I_j fraco (=1), obtêm-se 4/1, ou seja, $G_{i,j}$ (peso concreto) igual a 4. Em outra ponderação, se I_i for leve (=1) e I_j grave (=4), o $G_{i,j}$ é $\frac{1}{4}$. Se o resultado for superior a 1, P_i tem primazia sobre P_j ; se inferior a 1, P_j tem primazia sobre P_i . Se $G_{i,j}$ é igual a 1, tem-se um empate.³²⁸

Gavião Filho ainda acrescenta que a ponderação não é um procedimento abstrato e geral, pois:

Não se trata de uma questão de modo tudo ou nada, mas de ponderação de princípios de tal sorte que os bens jurídicos protegidos constitucionalmente não sejam realizados uns a custa de outros. Portanto, o modelo de ponderação proporciona um critério na medida em que vincula a estrutura formal da lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica, que inclui uma teoria da argumentação prática geral. É que a fórmula do peso, por si, não diz diretamente quanto ao conteúdo das premissas mesmas, pois se cuida de uma estrutura formal que segue as regras da aritmética. Contudo, suas premissas não são os números, mas o julgamento sobre os graus de intensidade e de intervenção, importância de realização e de segurança empírica. Os números servem para interpretar os julgamentos desses graus.³²⁹

Assim fica demonstrado o papel central da regra da precedência condicionada na estrutura da ponderação, a qual representa a ligação entre a ponderação e a decisão final do caso concreto.³³⁰ A ponderação pode ser observada em julgamento recente do STF e ainda sem acórdão publicado, no HC 143.641, em que foi concedida a ordem para determinar a substituição concomitante das medidas

³²⁶ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 167-168.

³²⁷ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Op. Cit. p. 97-98.

³²⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 279.

³²⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 283.

³³⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 283.

alternativas previstas no art. 319 do CPP, de todas as mulheres presas, gestantes puérperas, ou mães de crianças deficientes, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.³³¹ Tal *habeas corpus* destina-se a permitir que mulheres presas cautelarmente e que sejam mães de crianças e deficientes, assim como gestantes e puérperas, sejam mantidas em prisão domiciliar durante a tramitação do processo, a fim de proporcionar melhores condições de atendimento e cuidados e evitar que crianças e deficientes recebam os cuidados maternos dentro do sistema prisional.

No caso, embora não haja fundamentação expressa nesse sentido, pode-se intuir que, na colisão entre os direitos fundamentais das crianças e pessoas portadoras de deficiência e o direito à segurança decorrente da prisão cautelar, houve uma relação de precedência condicionada dos direitos das crianças e deficientes.

4.3.2 O Direito de Defesa Como Princípio

A distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais, pois ora as normas de direitos fundamentais são caracterizadas como princípios, quando se fala em valores, objetivos etc., ora são tratadas como regras, quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais.³³²

É importante salientar, portanto, que as normas de direitos fundamentais são princípios e regras. Tais normas podem ser ainda divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e

³³¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 143.641. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Ata do julgamento disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 21 Fev. 2018.

³³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Op. Cit. p. 85-86.

as normas de direito fundamental atribuídas³³³, também denominadas normas de direito fundamental adscrita, associada ou derivada.³³⁴

A teoria dos direitos fundamentais assenta premissas importantes e normalmente ignoradas. Primeiro, a premissa de que uma norma de direito fundamental pode ser uma regra ou um princípio. Segundo, a premissa de que uma norma de direito fundamental pode estar na lei ordinária, como norma de direito fundamental atribuída. Terceiro, a premissa de que nem todos os chamados “princípios constitucionais” serão efetivamente princípios.

Ou seja, embora nossa tradição jurídica trate as disposições constitucionais elencadas no artigo 5º da Constituição Federal como direitos fundamentais e como princípios constitucionais, é verdade que nem todas essas disposições constituem substancialmente direitos fundamentais e nem todas constituem princípios. O tratamento das disposições do art. 5º, em sua totalidade, como direitos fundamentais, segue o conceito de norma de direito fundamental baseado em um critério formal, que considera de direito fundamental as normas que estejam constitucionalmente posicionadas entre os direitos fundamentais.³³⁵

Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua posituação. Segundo esse critério, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã, intitulado “Os Direitos Fundamentais” (arts. 1º a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido. Todavia, o que é abrangido por esse critério ainda é muito estreito. Não há dúvidas de que há uma série de outras disposições da Constituição alemã que expressam normas de direitos fundamentais, como, por exemplo, a do art. 103, § 1º, que garante a todos o direito de serem ouvidos pelo Judiciário.³³⁶

Por esse critério, devem ser consideradas de direito fundamental, normas que, aparentemente, não têm uma vinculação necessária com direitos fundamentais, como, por exemplo, a norma que estabelece que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (inc. XXIV) ou que “no caso de iminente perigo público, a

³³³ Idem, *Ibidem*, p. 73.

³³⁴ LUDWIG, Roberto José. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação:** escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Luís Afonso Heck (organizador, tradutor, revisor); Anízio Pires Gavião Filho. (et. Al.). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed. 2015, p. 179-180.

³³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Op. Cit. p. 68.

³³⁶ Idem.

autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” (inc. XXV). Tais disposições são consideradas normas de direito fundamental simplesmente porque estão elencadas no art. 5º da Constituição Federal, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Como afirmado por Alexy³³⁷, entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões, pois sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Assim, num esforço para dar substancialidade de direito fundamental às disposições dos incisos XXIV e XXV do art. 5º da Constituição Federal, pode-se dizer que estas normas estão em conexão com o direito de propriedade e, portanto, são verdadeiras extensões do direito fundamental. Na verdade, tais normas tratam de restrições ao direito fundamental da propriedade.

Por outro lado, a distinção entre regras e princípios conduz à conclusão de que nem todos os chamados princípios constitucionais são, autenticamente, princípios. Assim, a norma constitucional, ainda que inserida entre as garantias individuais, será uma regra quando tiver caráter definitivo, e será um princípio quando tiver caráter *prima facie*. Isso significa dizer que nem todas as normas de direito fundamental são princípios, ou seja, nem todos os tradicionalmente chamados *princípios constitucionais* são efetivamente princípios.

Por exemplo, enquanto a norma constitucional que atribui ao júri a competência para os crimes dolosos contra a vida constitui uma regra, porque tem caráter definitivo, a norma constitucional que consagra a plenitude de defesa constitui autêntico princípio.

A conclusão de que a plenitude de defesa constitui um princípio, e não uma regra, decorre de tudo quanto foi dito acerca da distinção entre princípios e regras. Veja-se, primeiramente, que a plenitude de defesa é um mandato de otimização, isto é, deve ser realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Além disso, é uma norma com distintos graus de aplicabilidade, indo desde uma mínima aplicação, por exemplo, na fase de investigação criminal, até uma aplicação em grau máximo, que é justamente no curso do julgamento pelo júri. Por fim, no universo dos direitos fundamentais e diante

³³⁷ Idem, *ibidem*, p. 50.

de possíveis colisões, não se invalidará jamais o direito de defesa ou se submeterá a uma norma de exceção, o que afasta por completo a possibilidade de ser tratado como regra. Diante de uma eventual colisão, a plenitude de defesa estará sujeita à ponderação, aplicando-se em maior ou menor grau, mas sem jamais sair de cena por meio de uma declaração de invalidade ou norma de exceção.

4.3.3 Colisão Entre Ampla Defesa e Plenitude de Defesa

O direito fundamental de defesa está consagrado, em nosso sistema, em dois dispositivos constitucionais distintos. O primeiro dispositivo trata do direito de defesa nos processos em geral e está previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, enquanto o segundo trata do direito de defesa nos processos da competência do júri, estando assentado no art. 5º, XXXVIII, a, da Constituição. Portanto, o direito de defesa desdobra-se em duas normas constitucionais com característica de princípios: o princípio da ampla defesa, destinado aos acusados em geral, e princípio da plenitude de defesa, reservado aos acusados perante o júri.

Tais princípios têm dimensões distintas, uma vez que o princípio da plenitude de defesa é mais abrangente que o princípio da ampla defesa. Já dissemos que a distinção entre ampla defesa e plena defesa decorre das distintas características entre a decisão do juiz singular e a decisão dos jurados. O juiz está atrelado ao sistema de livre convicção fundamentada e “formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, por expressa disposição do artigo 155 do Código de Processo Penal. O jurado, a seu turno, decide por íntima e livre convicção, sem qualquer exigência de fundamentação ou apego estrito às provas produzidas. Nessas condições, enquanto o direito de defesa perante o juiz é exercido com argumentos jurídicos e provas produzidas em contraditório judicial, a defesa perante os jurados pode utilizar argumentos alheios ao mundo jurídico e provas produzidas fora do contraditório judicial.

Na medida, porém, em que o processo do júri é desenvolvido em duas fases, com momentos decisórios distintos, estando a primeira a cargo do juiz e a segunda a cargo dos jurados, resulta que as normas da ampla defesa e da plenitude de defesa irão atuar de forma concorrente durante o processo. Enquanto a ampla

defesa irá predominar na primeira fase, orientando a decisão do juiz, a plenitude de defesa norteará com predomínio a segunda fase e a decisão dos jurados. Nesse caso, verifica-se a colisão entre dois direitos fundamentais, que não é outra coisa senão colisão de princípios, sendo que, no caso da ampla defesa e da plenitude de defesa, a colisão ocorre entre direitos fundamentais de um mesmo titular. Conforme Gavião Filho:

Uma Constituição com um catálogo de direitos fundamentais é o que basta para que existam colisões de direitos fundamentais. Segundo deixa saber Alexy, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais”. Colisão de direitos fundamentais não é outra coisa que colisão de princípios. Não somente dois princípios podem colidir, mas também vários outros. É possível que cada um dos direitos fundamentais em jogo na colisão tenha somente um único titular, mas podem ser muitos os titulares de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*.³³⁸

É nessa concorrência e colisão dos princípios da ampla defesa e da plenitude de defesa no mesmo processo que se estabelece a ponderação, que é o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito e diz com o cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas.³³⁹ O que de fato ocorre, segundo Alexy³⁴⁰, é que um dos princípios tem precedência em determinadas condições, perdendo a precedência sob condições distintas.

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste a fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições,³⁴¹ é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

A colisão existe porque, mesmo na primeira fase, a decisão do juiz destina-se, em regra, a promover uma adequada e justa decisão dos jurados na segunda fase. Dessa forma, mesmo que se trate de uma defesa dirigida ao juiz e ao modelo decisório da persuasão racional, não pode a plenitude de defesa retirar-se de cena, cabendo ser feita a ponderação em caso de utilização de meios defensivos que possam impactar a decisão dos jurados futuramente. Por outro lado, caso a defesa

³³⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Op. Cit. p. 41.

³³⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Ibidem*, p. 149.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. Cit. p. 93-94.

³⁴¹ *Idem*, *ibidem*. p. 96.

seja exercida com o objetivo alternativo de desclassificar a infração penal para crime da competência do juiz singular, esta se realizará segundo uma premissa de ampla defesa, a fim de impactar uma decisão singular e motivada em provas colhidas durante o contraditório.

O princípio da plenitude de defesa, como mandamento de otimização, perante o juiz singular e suas decisões, no processo do júri, deve ser aplicado em medida tão alta quanto possível. Isso é, em que pese a precedência da ampla defesa na primeira fase, não há exclusão do princípio da plenitude de defesa, que será aplicado em grau a ser determinado pela lei da ponderação e a fórmula do peso de Robert Alexy, a qual contém os graus das intensidades de intervenção e da importância do cumprimento do princípio colidente.³⁴²

Imagine-se, portanto, a polêmica instaurada sobre a possibilidade de o juiz, na decisão de pronúncia, valer-se de elementos colhidos na fase policial, contrariando o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal. A decisão de pronúncia é uma decisão singular, sem intervenção dos jurados. Nesse caso, está sujeita ao princípio da ampla defesa, pois o juiz não tem a possibilidade de decidir com base em elementos extrajurídicos, já que a fundamentação da pronúncia leva em conta, simplesmente, a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria, conforme o art. 413 do CPP. É verdade, porém, que a pronúncia constitui juízo de admissibilidade da acusação, encaminhando o mérito da causa à apreciação dos jurados, os quais decidem por íntima convicção, com base em qualquer elemento, contraditório ou não, ou mesmo com base em argumentos extrajurídicos. Portanto, a decisão de pronúncia está também sujeita ao princípio da plenitude de defesa.

Verifica-se, portanto, uma colisão entre os princípios da ampla defesa e da plenitude de defesa. A colisão de princípios implica ponderação. Diante disso, podemos chamar a plenitude de defesa de P_i e a ampla defesa de P_j . Para fins de utilização da fórmula do peso, devem ser estabelecidos valores para os graus de intervenção e importância dos princípios em colisão (I_i , I_j), considerando sempre as consequências do caso. Podemos atribuir a I_i peso 4 (grave), uma vez que o mérito da causa, na hipótese de pronúncia, compete aos jurados, que julgam com base em argumentos jurídicos e extrajurídicos, podendo apreciar qualquer elemento dos

³⁴² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Op. Cit. p. 98.

autos, ainda que estranho ao contraditório; podemos atribuir a I_j peso 1 (leve), já que a decisão de pronúncia é meramente preparatória da decisão dos jurados, em que o papel do juiz é totalmente auxiliar, limitando-se a presidir o julgamento, declarar o veredicto e aplicar a pena, em caso de condenação.

Assim, segundo a fórmula do peso, teríamos: $G_{i,j} = 4/1$, isto é, $G_{i,j} = 4$. Tal resultado confere primazia ao princípio da plenitude de defesa (P_i) em relação ao princípio da ampla defesa (P_j). Como resultado da ponderação, o juiz poderia levar em conta argumentos extrajurídicos e elementos colhidos fora do contraditório, diante do princípio da plenitude de defesa, mas teria que fundamentar sua decisão na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Trata-se de uma primazia condicionada à hipótese de pronúncia, apenas. Havendo outra hipótese decisória, seja de absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação, a condição de primazia de P_i não estaria presente, uma vez que essas decisões não estão direcionadas ao julgamento do acusado pelos jurados. No caso de uma decisão que não levará o caso ao julgamento pelos jurados, alteram-se as condições de sopesamento, o que naturalmente levará a um resultado de ponderação diferente.

No caso de absolvição sumária, por exemplo, o juiz decide o mérito da causa, sempre que verificar qualquer das hipóteses do art. 415 do CPP. Diante dessas condições, a plenitude de defesa (P_i) assume relevância leve (=1), enquanto a ampla defesa (P_j) é considerada grave (=4), evidenciando-se de pronto a primazia de P_j em relação a P_i . Portanto, em caso de absolvição sumária, a plenitude de defesa não terá primazia sobre a ampla defesa e o juiz, com efeito, não poderá decidir com base exclusiva em elementos alheios ao contraditório judicial.

4.3.4 Restrições de Direitos Fundamentais e a Plenitude de Defesa

Além do problema da colisão entre os princípios da plenitude de defesa e da ampla defesa, outra questão que se impõe à teoria dos princípios de Robert Alexy é a validade das restrições estabelecidas ao direito fundamental de plena defesa perante o júri. Tais restrições, já analisadas, estão previstas nos artigos 478 e 479 do CPP e dizem respeito aos direitos de argumentar e de provar.

Note-se, primeiramente, que, segundo a lei do peso, a plenitude de defesa tem primazia sobre a ampla defesa quando se trata de julgamento pelos jurados,

uma vez que estes julgam por íntima convicção e não fundamentam o veredicto, podendo valer-se de elementos extrajurídicos para formar seu convencimento. Diante disso, o problema que se verifica é de lógica jurídica e se expressa da seguinte forma: como uma defesa plena pode sofrer restrições que não estão direcionadas à defesa ampla? Em outras palavras, se a defesa no júri é mais abrangente que a defesa exercida em outros processos, como pode sofrer restrições que não existem em outros procedimentos? Não se estaria, nesse caso, restringindo indevidamente a defesa no júri?

Sobre as restrições aos direitos fundamentais em geral, Sarlet³⁴³ destaca que a dogmática jurídico-constitucional contemporânea apresenta características comuns dotadas de especial importância normativa dos direitos fundamentais, dentre as quais se destacam três, que, de acordo com a tradição constitucional de matriz germânica, recepcionada por vários sistemas, inclusive o brasileiro, correspondem às seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais. O âmbito de proteção de um direito fundamental nada mais é do que o bem jurídico protegido, isto é, objeto tutelado, que nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos e da dupla dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais³⁴⁴, sendo que todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção.³⁴⁵ Todavia, nem toda a intervenção em um direito fundamental configura uma limitação, pois algumas situações tratam de *configurar, conformar, completar, regular, densificar ou concretizar* seu exercício.³⁴⁶

Em síntese, afirma Sarlet³⁴⁷, o que importa destacar é que eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição.

Sob a perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de autovinculação fundamental democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No que diz com a perspectiva material,

³⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. p. 396-395.

³⁴⁴ Idem, ibidem, p. 396-395.

³⁴⁵ Idem, ibidem, p. 396-395.

³⁴⁶ Idem, ibidem, p. 400.

³⁴⁷ Idem, ibidem, p. 404.

parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes.

O controle da constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo essencial destes direitos), como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição de retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais, muito embora a controvérsia que paira sobre a correção da inclusão da proibição de retrocesso nesse contexto.³⁴⁸

Segundo Alexy³⁴⁹, o conceito de limite ou restrição a um direito fundamental parece familiar e não problemático, pois o problema não está na restrição, e sim na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessa restrição e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações. Uma concepção chamada teoria externa sustenta que há duas coisas – o direito e sua restrição, o que dá lugar à ideia de que existe o direito em si e o direito restringido, que é o que resta após a restrição. Segundo a teoria interna, porém, existe apenas o direito com um determinado conteúdo, substituindo-se a ideia de restrição por limite. Assim, enquanto para a teoria interna o direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado e com limites imanentes, a teoria externa separa o direito fundamental de suas restrições. Para a teoria externa, existe uma posição *prima facie*, que corresponde ao direito antes de sua limitação, e uma posição definitiva, que equivale ao direito já limitado.³⁵⁰

Uma concepção individualista de Estado e sociedade tende à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna. Por outro lado, saber se é correta uma ou outra teoria depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou princípios. Se se parte de posições definitivas, a teoria externa pode ser refutada, mas diante de posições *prima facie*, a teoria interna se torna refutável.³⁵¹

³⁴⁸ Idem, ibidem, p. 404.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. Cit. p. 276-278.

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 398.

³⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. Cit. p. 278.

Sarlet³⁵² afirma que a teoria externa, por se pautar em posições *prima facie* e definitivas, acaba sendo mais apta para propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade de imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência social harmônica entre os respectivos titulares.

As restrições a direitos fundamentais são normas e uma norma só pode restringir um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Entre as espécies de normas que restringem direitos fundamentais estão as normas de competência que fundamentam a competência do Estado para criar normas e normas mandatórias proibitivas aos cidadãos, sendo que as normas de competência mais importantes para a teoria das restrições são as estabelecidas por meio das reservas legais constitucionais, pelas quais o legislador é constitucionalmente autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais. A essa competência do legislador corresponde a sujeição do titular de direitos fundamentais. Convém salientar que as reservas legais não são, enquanto tais, restrições, mas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições. O caráter restritivo dessas normas é apenas potencial e indireto, pois se baseia na natureza restritiva das normas que podem ser criadas em razão da competência.³⁵³ Portanto, dito de outro modo, há que se distinguir as normas que limitam bens jurídicos protegidos *prima facie* das que fundamentam a competência estatal para realizar essas limitações, pois enquanto as primeiras consistem em mandados ou proibições dirigidos aos titulares dos direitos fundamentais, as últimas – chamadas reservas legais – configuram autorizações constitucionais para o legislador ordinário restringir direitos fundamentais.³⁵⁴

Uma norma restritiva a direito fundamental pode ser uma regra ou um princípio. Esclarece Alexy³⁵⁵ que uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade ou um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade ou um não-direito definitivo. Os “princípios restridores”, não têm, por si sós, o poder de colocar o indivíduo em posições definitivamente restringidas de não-liberdade ou não-direito.

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 398.

³⁵³ Idem, ibidem, p. 281-282.

³⁵⁴ Idem, ibidem, p. 398.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. Cit. p. 281-285.

Para se alcançar a restrição definitiva é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o(s) princípio(s) que o restringem. Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou não-direito definitivo de igual conteúdo.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos fundamentais comportam limitações de três espécies: por expressa disposição constitucional, por norma legal promulgada com fundamento na Constituição ou, ainda, por força da colisão entre direitos fundamentais.

Como é fácil reconhecer, não é possível ao Constituinte – tampouco ao legislador ordinário – prever e regular todas as hipóteses de colisões de direitos fundamentais. Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá “às custas” de outro.³⁵⁶

A ideia de que existam limites no interior dos direitos fundamentais, a qual é defendida pelos partidários da teoria interna, fica absorvida pelas restrições impostas diretamente pelo texto constitucional, as quais convertem uma posição jurídica *prima facie* em um não direito definitivo. No caso de restrições indiretas, que são estabelecidas por lei, com respaldo na Constituição, é necessário enfrentar a problemática das reservas legais, definidas como disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito dos direitos fundamentais. Tais reservas são classificadas em simples e qualificadas. Enquanto as reservas simples conferem competência ampla ao legislador, pois não definem os âmbitos da restrição, as reservas qualificadas estabelecem os parâmetros da limitação. Por outro lado, as reservas qualificadas exigem lei complementar, enquanto as reservas simples admitem lei ordinária.

Nesse sentido, Sarlet afirma o seguinte:

As reservas legais, por sua vez, costumam ser classificadas em dois grupos, as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas. As reservas do primeiro grupo distinguem-se por autorizarem o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecer

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 402-403.

pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados, implicando, portanto, a atribuição de uma competência mais ampla de restrição. Como exemplo, cita-se o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988: “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Já as reservas legais qualificadas, têm como traço distintivo o fato de estabelecerem pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais, como bem demonstra o clássico exemplo do sigilo das comunicações telefônicas (5, XII, CF): “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No campo das distinções entre as espécies de reservas legais, é possível aceitar que a noção de reserva legal simples ou qualificada tenha um fundamento diverso, de acordo com a concepção, largamente difundida no âmbito dos manuais de direito constitucional brasileiros, de que reserva legal qualificada é a que exige lei complementar, ao passo que reservas legais simples seriam as que autorizam uma atuação do legislador ordinário.³⁵⁷

A questão da limitação de direitos fundamentais está associada aos chamados limites aos limites desses direitos, os quais funcionam como barreira às restrições, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.³⁵⁸ Conforme esclarece Sarlet³⁵⁹, o Brasil não contempla, diferentemente de outros países, como Portugal e Alemanha, norma constitucional expressa sobre dispor sobre os limites aos limites dos direitos fundamentais, mas acrescenta que a tradição doutrinária e jurisprudencial acabou por recepcionar tal noção, reconhecendo a proporcionalidade (e a razoabilidade) bem como a garantia do núcleo essencial do direito fundamental, como limites às restrições.

Não é difícil perceber que, no caso das restrições impostas à plenitude de defesa, previstas nos artigos 478 e 479 do CPP, estamos diante de uma reserva legal, diante do texto constitucional (art. 5º, XXXVIII, CF), que estabelece: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei”.

O âmbito normativo da expressão “organização que lhe der a lei” é claramente uma reserva legal, constituindo uma autorização conferida ao legislador ordinário. Resta saber se tal autorização constitui uma reserva legal simples ou qualificada. Essa avaliação perpassa por determinar se tal reserva estabeleceu ou não parâmetros de intervenção em direitos individuais, pois, caso não haja

³⁵⁷ Idem, ibidem, p. 401-402.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 404.

³⁵⁹ Idem, ibidem, p. 407.

parâmetros, ter-se-á uma reserva legal simples; ao contrário, havendo parâmetros para intervenção, trata-se de uma reserva legal qualificada.

Tal distinção é válida para que se estabeleça a validade das restrições estabelecidas pelos artigos 478 e 479 do CPP, pois, como já mencionado, uma restrição qualificada exige lei complementar, o que invalidaria as referidas restrições, pois se tratarem de lei ordinária.

Note-se que o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, não estabelece, simplesmente, que o legislador poderá organizar o júri como bem entender. O texto constitucional diz que é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, desde que assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento doloso contra a vida. Eis aí os parâmetros para a intervenção do legislador infraconstitucional.

Na verificação das restrições à plenitude de defesa, é preciso, primeiramente, um posicionamento a partir dos referenciais teóricos da teoria interna e teoria externa, lembrando que, no contexto da segunda, uma restrição apenas será válida se tiver respaldo constitucional emergente de uma reserva legal e se forem respeitados os limites às restrições, consubstanciados na proporcionalidade e na garantia de proteção do núcleo do direito fundamental de defesa.

Na perspectiva da teoria interna, o direito de defesa, como qualquer direito fundamental, será sempre um direito limitado, uma vez que não se pode falar em direitos fundamentais absolutos. A primeira limitação ao direito de defesa está no próprio princípio contraditório. Ampla defesa e contraditório estão previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV), mas, como adverte Pacelli³⁶⁰, embora haja defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base, uma vez que o contraditório é garantia de participação, enquanto a ampla defesa é garantia de participação efetiva.

É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.³⁶¹

³⁶⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, p. 44.

³⁶¹ Idem.

É preciso lembrar que a plenitude de defesa não é outra coisa senão uma manifestação estendida do direito fundamental de defesa, tratando-se, ademais, de uma verdadeira exceção, na medida em que não faz parte da sistemática processual ordinária, isto é, aos acusados em geral, mas apenas aos acusados perante o Tribunal do Júri. Esse caráter excepcional da plenitude de defesa decorre das peculiaridades da decisão levada a efeito pelos jurados, cuja cognição é exercida com maior amplitude.

Em nenhuma hipótese pode se confundir o direito de defesa plena com um direito absoluto de defesa. Já está assentado que não há direito absoluto, mesmo entre os direitos fundamentais. Essa proposição fica mais clara no âmbito da teoria externa, que concebe tanto o direito fundamental como sua limitação como aspectos normativos distintos. Nesse sentido, as restrições aos direitos fundamentais estão normatizadas e, sendo normas, assumem caráter de regras ou princípios. Segundo Alexy³⁶², restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamenta e, para que tais normas sejam válidas, basta que estejam em harmonia com a Constituição.

As primeiras restrições ao direito de defesa são as chamadas restrições diretamente constitucionais, isto é, aquelas restrições a direitos fundamentais de hierarquia constitucional.³⁶³ São normas constitucionais, portanto, sendo possível enumerar uma série de restrições desse tipo, todos previstos no art. 5º da CF, como a vedação de produção de provas ilícitas (LVI), a inafiançabilidade de determinados crimes (XLII, XLIII, XLIV), a prisão militar (LXI). O próprio STF limitou reiteradamente o direito de defesa ao permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que a ampla defesa abrange os recursos a ela inerentes (XLV). Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário

³⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. Cit. p. 281.

³⁶³ Idem, ibidem, p. 286.

a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.³⁶⁴

No que diz respeito à plenitude de defesa, como potencialização do direito de defesa, este se sujeita também às restrições indiretamente constitucionais, isto é, aquelas que a constituição autoriza alguém a estabelecer.³⁶⁵ O legislador ordinário foi expressamente autorizado pela Constituição a estabelecer a organização do júri, desde que preservadas a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida.

Organizar o júri significa, obviamente, estabelecer as respectivas regras de funcionamento e, portanto, regular todos os aspectos do procedimento. Assegurar a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida significa que a organização do júri pela lei deve manter esses direitos fundamentais. Não se vislumbra, portanto, nenhuma autorização dada pelo constituinte ao legislador ordinário para restringir a plenitude de defesa, como não há nenhuma autorização que autorize a restrição ao sigilo, à soberania dos veredictos ou à competência para os crimes dolosos contra a vida.

Assim, qualquer restrição deverá decorrer diretamente do texto constitucional ou em razão de ponderação de princípios tendo, como resultado, uma regra.

Nesse sentido, é perfeitamente possível identificar a regra do artigo 479, que proíbe a produção de uma prova que surpreenda a parte contrária, como resultado da ponderação entre os princípios da plenitude de defesa e do contraditório, no qual se insere a igualdade processual, expressa pelo equilíbrio de armas. Sendo o contraditório o direito fundamental de contrapor-se à parte contrária de forma isonômica, tal possibilidade restaria subtraída do processo caso se permitisse que uma parte pudesse surpreender a outra com uma prova praticamente improvisada, isto é, produzida em plenário, sem oportunidade de contra-prova. Além disso, estaria comprometido o princípio da boa fé processual, que constitui postulado ético do monopólio estatal da justiça e, portanto, do processo.

³⁶⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. ARE 964246 RG / SP - SÃO PAULO. Julgado em 10/11/2016. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

³⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. Cit. p. 291.

É necessário observar, quanto ao art. 479, que não se trata de proibir a produção da prova, mas de estabelecer um prazo limite para sua juntada e ciência à parte contrária. Assim, a norma não constitui uma autêntica regra de exclusão, à semelhança das *exclusionary rules* do direito americano ou as *Beweisverbote* do direito alemão.³⁶⁶ É, antes, uma norma de admissão, isto sim, que condiciona a atuação das partes à preservação do contraditório e do direito de defesa, evitando-se surpresas à parte adversária em face das provas já produzidas e juntadas aos autos.³⁶⁷

A ponderação, portanto, surge como solução da colisão que se estabelece entre a plenitude de defesa, de um lado, como direito de produzir toda sorte de provas lícitas, com o contraditório, de outro, que garante a possibilidade de contraditar as provas produzidas. Como resultado da ponderação, é natural o surgimento de uma regra limitando o caráter *prima facie* da plenitude de defesa, no sentido de proibir a produção de provas que inviabilizem o contraditório.

Não é tão simples o raciocínio da ponderação em face da regra do artigo 478, que proíbe as partes de usarem argumentos de autoridade relacionados à pronúncia, ao uso de algemas ou ao silêncio do acusado. Embora possa parecer que essa regra está em descompasso com a plenitude de defesa, percebe-se que o objetivo do legislador foi, justamente, preservar a plenitude de defesa contra argumentos retóricos, que são, justamente, aqueles que se apoiam em premissas que escapam à racionalidade do discurso jurídico e comprometem a pretensão de correção, dando lugar à retórica como instrumento de influência psíquica. Alexy³⁶⁸ enfatiza que a função essencial dos juízos morais não é a de referir-se a fatos, mas a de influenciar pessoas, já que eles modificam ou intensificam os interesses das pessoas, em vez de simplesmente descrevê-los, de tal modo que as expressões morais são instrumentos de influência psíquica, pois têm uma função emotiva além da sua função cognitiva.

Segundo Badaró, a regra do art. 478 consubstancia-se em importante instrumento para evitar que argumentos não necessariamente corretos, mas com

³⁶⁶ Sobre as peculiaridades das *exclusionary rules* e *Beweisverbote*, ver: ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 133-145.

³⁶⁷ FISHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. São Paulo, Atlas, 2017, p. 976.

³⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Op. Cit. p. 51.

fortíssimo poder de persuasão, principalmente perante os juízes leigos, possam levar a um resultado injusto.

No tocante à decisão de pronúncia e eventual acórdão que a confirme, não se admitirá sua utilização para influenciar os jurados. Não a pronúncia em si, mas a importância do magistrado que a prolatou seja pela sua idoneidade e senso de justiça, seja por seu conhecimento jurídico, muitas vezes é explorada em plenário. Nos casos em que a tese defensiva é negativa de autoria, não raro enfrenta-se o argumento acusatório de que a defesa é infundada, tanto assim que, se o acusado fosse inocente, o juiz ou tribunal, ou ambos, não o teriam pronunciado.³⁶⁹

O dispositivo proíbe a utilização de argumentos de autoridade. Segundo Perelman³⁷⁰, esse tipo de argumento é o modo de raciocínio retórico que foi mais intensamente atacado por ter sido, nos meios hostis à pesquisa científica, o mais largamente utilizado, e isso de uma maneira abusiva, peremptória, concedendo-lhe um valor coercitivo, como se as autoridades invocadas houvessem sido infalíveis. Esse mesmo autor, contudo, refuta a tese da ilegitimidade do argumento de autoridade:

Para nós, ao contrário, o argumento de autoridade é de extrema importância e, embora sempre seja permitido, numa argumentação particular, contestar-lhe o valor, não se pode, sem mais, descartá-lo como irrelevante, salvo em casos especiais que teremos ocasião de examinar no parágrafo seguinte. Atacam o argumento de autoridade em nome da verdade. É isso porque, na medida em que toda proposição é considerada verdadeira ou falsa, o argumento de autoridade já não encontra lugar legítimo em nosso arsenal intelectual. Mas será sempre esse o caso? Poderíamos reduzir todos os problemas de direito, por exemplo, a problemas científicos, em que se trata apenas de verdade?

[...]

Mas não é uma ilusão deplorável crer que os juristas se ocupam unicamente com verdade, e não com justiça e nem com a paz social? Ora, a busca da justiça, a manutenção de uma ordem equitativa, da confiança social, não podem deixar de lado as considerações fundamentadas na existência de uma tradição jurídica, a qual se manifesta tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Para atestar a existência de semelhante tradição, o recurso ao argumento de autoridade é inevitável.³⁷¹

O raciocínio de Perelman está, nesse aspecto, correto, uma vez que a atividade jurisdicional, no ocidente, está baseada no argumento de autoridade a

³⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5ª ed. revi, atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 717.

³⁷⁰ PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Chaim Perelman; Lucie Olbrechts-Tyteca. Tradução: Maria Ermantina Prado Galvão. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 348-349.

³⁷¹ Idem, p. 348-349.

partir da opinião de doutrinadores e dos acórdãos dos tribunais. Não se discute a importância dos precedentes, por exemplo, para a aplicação do Direito, os quais cumprem funções de estabilização, segurança jurídica, proteção da confiança, entre outras; o que se discute é sua valoração teórica.³⁷²

Conforme anota Rangel, é preciso distinguir “argumento de autoridade” da “autoridade do argumento”.

Quando a lei veda o uso do “argumento de autoridade” é porque as partes podem se valer, única e exclusivamente, da decisão do juiz transferindo a ele a verdade do que se está discutindo por ser, simplesmente, o magistrado da causa. Usar esse argumento é reconhecer que o que foi dito pelo juiz em sua decisão de pronúncia é a verdade, indiscutível e imutável, razão pela qual as partes não podem fazê-lo, em especial porque os jurados, leigos, ainda vão se manifestar sobre o mérito.

O Direito, antes de tudo, é uma prática de autoridade (embora não seja somente isso), motivo pelo qual é a razão mais forte que parece ter um juiz para decidir um caso de determina a maneira seguindo o critério do legislador, dos juízes da instância superior. Ter autoridade não é o mesmo que ter poder, de maneira que a autoridade efetiva implica (de alguma maneira) a pretensão de legitimidade por parte de quem exerce o reconhecimento dessa legitimidade pelos submetidos a ela.

Já a “autoridade do argumento” emana da argumentação que, segundo Habermas, *significa se esforçar por apoiar uma pretensão com boas razões, podendo consistir a pretensão na defesa de um direito.*³⁷³

Sobre autoridade, Streck aponta o seguinte:

Esse processo de produção da “fala autorizada” exige de parte dos operadores jurídicos uma espécie de cumplicidade linguística. Isso será possível apenas se e quando o público-alvo (comunidade jurídica) reconhece quem exerce a eficácia simbólica do discurso como podendo exercê-la de pleno direito “A linguagem de autoridade governa sob a condição de contar com a colaboração daqueles a quem governa, ou seja, graças à assistência dos mecanismos sociais capazes de produzir tal cumplicidade, fundada, por sua vez, no desconhecimento, que constitui o princípio de toda autoridade.”³⁷⁴

No que diz respeito ao silêncio do acusado e ao uso de algemas, a norma em questão está, ainda, direcionada a proteger a pessoa do acusado contra o argumento *ad personam*, que constitui um ataque à pessoa do adversário, a fim de desqualificá-lo.³⁷⁵ A proibição da alusão ao uso de algemas, portanto, procura

³⁷² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Op. Cit. p. 267-271.

³⁷³ RANGEL, **Tribunal do Júri**. São Paulo, Atlas, 2015, p. 225.

³⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 3. Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 114.

³⁷⁵ PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Op. Cit. p. 126.

assegurar que os debates girem em torno do direito penal do fato e não do direito penal do autor. Sobre o assunto, sintetiza Streck:

Criou-se, então, no âmbito da dogmática jurídica, a distinção informal entre direito penal do fato e direito penal do autor. Dessa forma, acusa-se, defende-se e julga-se o indivíduo não pelo fato criminoso que cometeu, mas pelo que ele representa, de forma efetiva, na tessitura da sociedade na qual está inserido. É o papel social do acusado que definirá a maneira como será tratado/julgado. Registre-se que essa tese – que é antiga – surgiu como alternativa entre a teoria realística (tradicional e dominante) e a teoria sintomática. Infiltrou-se no pensamento jurídico com o advento do nacional-socialismo alemão, chamada então de teoria voluntarista, ou Direito penal da vontade (*Willensstrafrecht*), segundo a qual, o crime seria, antes de mais nada, a “violação do dever de fidelidade para com o Estado”. Foi estruturada pelo chamado grupo e Kiel, liderado por Shaffestein e Dahm, penalistas do fatídico regime nazista, sendo que, para ele, concorreu, de certa forma, o próprio Galla, embora em posição mais moderada.³⁷⁶

Nesse sentido, percebe-se que o legislador do art. 478 pretendeu salvaguardar a plenitude de defesa, ao invés de restringi-la. Tal conclusão decorre da análise segmentada das proibições.

Ao proibir alusão ao uso de algemas, o legislador está enfatizando a proteção à dignidade da pessoa humana, a qual constitui o alicerce do edifício dos direitos fundamentais. Significa que a argumentação não pode se referir à condição do acusado perante os jurados, afastando-se, portanto, o chamado direito penal do autor. Argumentar com base no uso de algemas implicaria, por parte da acusação, a utilização de argumentos *ad terrorum*, a fim de exercer pressão psicológica sobre os jurados diante de um acusado supostamente perigoso, tanto que algemado; se utilizado pela defesa, esse argumento se configuraria do tipo *pietatis causae* e não deixaria de revelar uma condição vexatória atribuída ao acusado, constringendo-o desnecessariamente perante os jurados e o público presente ao julgamento. Qualquer das hipóteses estaria em nítido descompasso com o princípio da dignidade humana, por impor ao acusado, cuja inocência se presume, um constrangimento desnecessário em razão da condição de algemado, quando o que se discute no processo é o fato objeto da acusação e não sua condição.

Ao proibir alusões ao silêncio do acusado, o legislador está simplesmente, preservando o direito ao silêncio de toda pessoa acusada. Embora esse direito esteja previsto constitucionalmente, de modo expresso, apenas em relação ao preso (art. 5º, LXIII), trata-se de um direito fundamental dos mais importantes, cuja origem

³⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. Op. Cit. p. 100.

deita raízes na Idade Média e início da Renascença, constituindo a versão nacional do *privilege against self-incrimination* do Direito anglo-americano, além de traduzir uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere*, que significa *ninguém é obrigado a se descobrir*, isto é, fazer prova contra si mesmo.³⁷⁷

Conforme registra Pereira e Silva, o direito ao silêncio é uma decorrência do instinto humano de autopreservação.

Remete-se o direito ao silêncio ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), dado que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, sendo o silêncio um comportamento lícito em prol da defesa. As provas fornecidas pelo réu somente são lícitas caso sejam apresentadas de modo voluntário e consciente. Nenhum ser humano pode ser coagido a se autoincriminar, produzindo declarações ou entregando documentos que o incriminem. Tal postura integra a sua autodefesa e constitui o seu instinto de autopreservação e conservação.³⁷⁸

A proteção ao silêncio impede a utilização de critérios exclusivamente subjetivos na formação do convencimento judicial. Conforme anota Pacelli:

Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições, não relevantes, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou tribunal. De qualquer forma, evita-se o estímulo à cultura do quem cala consente, que não oferece padrões mínimos, seja de ordem psicanalítica, jurídica, espiritual, seja de qualquer outra espécie para a reprodução de verdade alguma.³⁷⁹

A proteção ao silêncio implica, inclusive, que seu exercício, como direito fundamental, não pode ser considerado como uma recusa do acusado em colaborar com as autoridades públicas.³⁸⁰ É por isso que se afirma a validade da restrição imposta ao direito fundamental de plenitude de defesa, no sentido de proibir qualquer alusão ao silêncio, em prejuízo do acusado.

Resta efetivamente a dúvida quanto à validade de proibição do uso da pronúncia e das decisões posteriores como restrição válida ao princípio da plenitude de defesa. Aparentemente, tal dispositivo poderia não exercer maior influência, na medida em que os jurados devem receber cópia da pronúncia e das decisões que a

³⁷⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. Op. Cit. p. 383.

³⁷⁸ PEREIRA e SILVA, Igor Luis. **Princípios penais**. Salvador, Editora Juspodium, 2012, p. 286.

³⁷⁹ PACELLI, Eugênio. Op. Cit. p. 384.

³⁸⁰ PEREIRA e SILVA, Igor Luis. Op. Cit. p. 286.

confirmam, conforme dispõe o art. 472 do CPP. Portanto, a lei não impede o contato dos jurados com a pronúncia. O que a lei impede, e nisso reside a importância desse dispositivo, é que qualquer das partes utilize a pronúncia como prova. Aliás, é nesse sentido que deve ser entendida a expressão “argumento de autoridade”. Uma vez que os argumentos devem estar respaldados em evidências, não pode a pronúncia ser guiada a essa condição, uma vez que se trata de ato processual e não ato de prova. Portanto, o que o legislador pretendeu foi simplesmente impedir que um ato judicial pudesse ditar a condenação ou absolvição como se fosse uma evidência. Nesse sentido, mantém-se íntegra a função da decisão de pronúncia, a qual deve consistir em mero juízo de admissibilidade da acusação, sem qualquer conteúdo de mérito. Em outras palavras, sendo a pronúncia um filtro da acusação, destinado à preservação dos interesses do acusado contra acusações infundadas, não poderia servir para prejudicá-lo no processo, pois isso seria contrário ao princípio da plenitude de defesa.

Aliás, a redação do art. 478 deixa claro que ele se destina a limitar o discurso de acusação, impedindo o órgão acusador de utilizar a autoridade da pronúncia contra o acusado, ou o silêncio deste como fonte de autoincriminação, além do uso de algemas pelo acusado como prova de periculosidade. Trata-se, portanto, de uma regra que força a acusação a manter seus argumentos adstritos à prova dos autos, mas que, em razão do princípio do contraditório, irá se aplicar também à defesa, com muito menos força, é verdade, já que tais argumentos dificilmente poderão ser utilizados em benefício do acusado.

Partindo-se de premissa de que a verdade real é um mito e que, na dimensão procedimental do Estado de Direito, as disputas são decididas por juízes, os quais, como operadores jurídicos, promovem a pretensão de correção, resulta que a aplicação do Direito ao caso concreto pelos jurados deve significar a afirmação de uma correção, a garantia da justificação e a esperança do reconhecimento da correção. A correção da decisão dos jurados necessariamente há de passar pela preservação dos direitos fundamentais em face das restrições aos direitos fundamentais de alegar e provar, expressas pelos artigos 478 e 479 do CPP.

Considere-se que tais restrições não imperam em relação à ampla defesa, uma vez que estão adstritas ao procedimento do júri, que é especial, e regido pelo princípio da plenitude de defesa. Assim, existe um paradoxo aparente, na medida

em que o direito de defesa mais amplo sofre restrições que o direito de defesa menos amplo não sofre.

A solução desse conflito exige a compreensão de que a restrição à plenitude de defesa é apenas aparente. O que se percebe, de fato, é que os artigos 478 e 479 do CPP resguardam a plenitude de defesa, na medida em que impedem surpresas à defesa do acusado, bem como a utilização sofismática de argumentos fundados na autoridade ou no direito penal do autor. É bem verdade que, em razão do contraditório, também a acusação está protegida contra argumentos desse tipo, mas, na ponderação entre permitir o “vale-tudo” referido por Sanches Cunha³⁸¹, ou impor restrições que, limitando acusação e defesa, seja benéfica ao acusado, cujo direito fundamental está em jogo, prevalece, por orientação ideológica do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, o interesse do réu. Cria-se, é verdade, a despeito do contraditório, uma desigualdade material e quebra de *par conditio* que, já salientado, é inerente à sistemática do processo penal.

³⁸¹ Contestando a tese da inconstitucionalidade do art. 479, o autor menciona o seguinte: “o fato – incontestado – da Constituição vedar a prova ilícita não significa dizer que a norma infraconstitucional não possa, também, limitar alguma espécie de prova. Em outras palavras: afastando-se obrigatoriamente a prova ilícita, cuja produção é inadmissível, não significa que, a partir daí, se abra campo vasto para a produção de qualquer outra espécie de prova, em verdadeiro vale-tudo, sem regras e limitações, tudo em nome da soberania dos veredictos e no resguardo da livre convicção dos jurados”. (CUNHA, Rogério Sanches. **Tribunal do Júri**: Procedimento Especial Comentado por Artigos. 3. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Juspodivm, 2017, p. 259.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação procurou investigar e solucionar os problemas surgidos com a distinção estabelecida constitucionalmente entre os princípios da ampla defesa (art. 5º, LVIII) e da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, a), uma vez que tal distinção implica uma colisão de princípios constitucionais e, ademais, restrições legais aplicáveis apenas à plenitude de defesa, as quais são estabelecidas nos artigos 478 e 479 do CPP.

A investigação abordou, primeiramente, o direito de defesa como direito fundamental e sua relação com o Estado Democrático de Direito e a teoria dos direitos fundamentais. Posteriormente tratou-se da ampliação do direito de defesa no júri, estabelecendo os aspectos históricos e dogmáticos necessários à solução do problema proposto. Finalmente, enfrentou-se o problema das restrições ao direito de defesa no júri e a colisão normativa diante da distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa. O referencial teórico utilizado foi, de modo essencial, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, notadamente a distinção entre regras e princípios.

Partindo-se da relação do direito de defesa com a democracia, tem-se que o Estado de Direito surgiu como superação do Estado absolutista, emergindo o império da lei em substituição ao império da vontade monárquica. Essa forma de Estado é chamada de Estado Liberal, pois representa o avanço dos ideais burgueses de liberdade e igualdade oriundos da Revolução Francesa. Esse Estado de conteúdo ideológico liberal acabou produzindo ambiguidades com significações diversas, a partir de um pensamento de matriz kelseniana, em que o Direito se confunde com o direito positivo, ou seja, norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, permitindo o surgimento de Estados com sistemas totalitários e aparente conformidade com o Direito, cuja expressão mais emblemática é o Estado de Direito Nacional-Socialista, inspirado nos ideais fascistas sob a legitimação do estabelecimento de direitos sociais, a par dos direitos de liberdade ou individuais. Assim, o Estado Social de Direito substituiu o Estado Liberal de Direito, mas persistiu enclausurado na perspectiva meramente formal, dando origem a Estados de Direito ditatoriais.

A superação histórica desse referencial político surge como Estado Democrático de Direito, contemplando o encontro da democracia com o Estado de

Direito. O princípio democrático constitui o alicerce desse modelo, no qual a democracia não é meramente formal, baseando-se em três pressupostos materiais: juridicidade, constitucionalidade e o sistema de direitos fundamentais. Assim, o Estado Democrático de Direito consagra um Estado de Direito baseado no princípio democrático e no respeito aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, tendo por fundamento não a norma fundamental kelseniana, mas sim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Estado Democrático de Direito, toda e qualquer intervenção do Poder Judiciário deverá ser feita com observância do devido processo legal. No direito anglo-saxão, essa cláusula constitui uma garantia material, protegendo de forma ampla o direito à vida, à liberdade e à propriedade, abrangendo também o direito à privacidade, à liberdade nos contratos, garantia ao direito adquirido, proibição de retroatividade da lei penal, garantias comerciais, tributárias, proteção do cidadão contra o preconceito racial e proteção dos direitos humanos e fundamentais. No direito brasileiro, em que a Constituição Federal estabelece proteção autônoma a essas garantias, o devido processo legal assume a função de garantia processual, abrangendo o direito do litigante à informação sobre os atos de governo, de administração e judiciais que lhe digam respeito, bem como o direito de atuar ativamente perante um juiz imparcial para a obtenção de decisão favorável, deduzindo defesa, produzindo provas e contraprovas, inquirindo testemunhas, sempre assistido por um defensor.

Embora o devido processo legal esteja relacionado a todas as atividades do Estado, como garantia do cidadão contra intervenções indevidas, no processo penal, em que está em risco a liberdade individual, essa garantia se vincula especialmente aos princípios acusatório, contraditório e ao direito de defesa. De forma sintética, pode-se afirmar que o princípio acusatório apresenta-se como garantia de imparcialidade judicial; o contraditório como garantia de oportunidade de reagir com paridade de armas a todos os atos processuais do adversário; o direito de defesa apresenta-se como a possibilidade efetiva de utilizar no processo todos os argumentos e meios de prova contrários à acusação.

Com relação ao direito de defesa, objeto da presente investigação, trata-se de um aglutinado de ideias, máximas e proposições, que foram sendo erigidas ao longo dos últimos séculos com o fim de proteger o *ius libertatis* diante a persecução penal estatal, contemplando não só o direito à produção de prova, mas de autodefesa e

defesa técnica, assistência jurídica integral e gratuita, observância da ordem de manifestação no processo, sempre falando por último, a existência de acusação clara e precisa, a plena possibilidade de apresentar alegações e dados fáticos contra a acusação, a possibilidade de acompanhar a prova produzida, a possibilidade de recorrer, a concessão de tempo e meios adequados para a preparação da defesa e, por fim, o direito de não ser obrigado a depor contra si.

Cuida-se, evidentemente, de um direito fundamental vinculado ao direito de liberdade e que se manifesta normativamente como um princípio e não como uma regra, conclusão que deriva do que foi dito nos capítulos anteriores sobre a distinção entre regras e princípios, mas que se resume, primeiramente, no fato de que o direito de defesa é um mandado de otimização, isto é, deve ser realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Além disso, o direito de defesa é uma norma com distintos graus de aplicabilidade, indo desde uma mínima aplicação, como ocorre na fase de investigação criminal, até uma aplicação em grau máximo, que é justamente no curso do julgamento pelo júri, em que assume a forma de defesa plena.

Por fim, no universo dos direitos fundamentais e diante de possíveis colisões, não se invalidará jamais o direito de defesa ou se submeterá a uma norma de exceção, o que afasta por completo a possibilidade de ser tratado como regra. Diante de uma eventual colisão, a plenitude de defesa estará sujeita à ponderação, aplicando-se em maior ou menor grau, mas sem jamais sair de cena por meio de uma declaração de invalidade ou norma de exceção.

No Brasil, o direito fundamental de defesa está constitucionalmente garantido de duas formas: ampla defesa e plenitude de defesa. Isso ocorre porque a Constituição de 1988 consagrou a ampla defesa para os acusados em geral (art. 5º, LVIII) e a plenitude de defesa para os acusados perante o júri (art. 5º, XXXVIII, a). Tal tratamento revela a existência de duas manifestações distintas do direito fundamental de defesa, o que equivale à coexistência de dois direitos fundamentais distintos.

Para compreender a distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa, é preciso mergulhar nos fundamentos históricos e dogmáticos do júri, vislumbrando suas origens na antiguidade clássica e sua posterior associação à *Magna Carta Libertatum*, proclamada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, ao dispor que ninguém poderia ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão

em virtude de julgamento de seus pares. Da Inglaterra, após o ano de 1215, o júri se espalhou pela Europa, primeiro para a França, em 1791 e depois para outros países como Espanha, Suíça, Romênia, Grécia, Rússia e Portugal e também para os Estados Unidos, país que tornou o julgamento popular a regra, como ideal de justiça democrática, o que influenciou profundamente o mundo ocidental.

No Brasil, o surgimento do júri ocorreu através de uma Lei de 18 de julho de 1822, sob o domínio português, mas forte influência inglesa, para o julgamento dos crimes de imprensa. Posteriormente, o júri foi assimilado pelas constituições do Império e da República, até se estabelecer na Constituição de 1988 entre as garantias constitucionais (art. 5º, XXXVIII), como um instrumento de soberania popular, já que foi assegurada, na norma constitucional, a soberania dos veredictos, além do sigilo das votações, a plenitude de defesa e a competência para os crimes dolosos contra a vida.

A configuração constitucional do júri brasileiro confere aos jurados uma condição jurisdicional peculiar e totalmente distinta da jurisdição exercida pelos juízes de carreira. Enquanto estes decidem as causas de acordo com o método da livre convicção fundamentada ou sistema da persuasão racional, devendo julgar de acordo com a prova produzida em contraditório e fundamentar suas decisões, os jurados, por sua vez, julgam a causa pelo método da certeza moral ou íntima convicção, podendo decidir com ampla liberdade de consciência, sem rigoroso compromisso com a prova produzida no contraditório, e dispensados da fundamentação. À luz desses dois sistemas decisórios distintos, percebe-se que a convicção dos juízes é limitada aos fatos e ao direito, ao passo que a convicção dos jurados é plena. Disso decorre que o exercício da defesa perante os juízes, isto é, nos processos em geral, será também limitado aos fatos e ao direito, enquanto a defesa perante os jurados será exercida com plenitude e sem aqueles limites.

Assim, diante das características do julgamento pelo júri, em que pessoas leigas decidem com soberania e íntima convicção, devem ser criados mecanismos para assegurar que a verdade judicial esteja de acordo com a verdade dos fatos, uma vez que os jurados se apresentam como solucionadores imparciais de disputas, razão pela qual se faz necessário o estudo do processo de justificação das decisões judiciais como argumentação jurídica. No âmbito da teoria da argumentação, não se postula que as disputas jurídicas sejam uma comunicação sem coação e sem restrições, e sim que nas disputas jurídicas as discussões tenham lugar sob a

pretensão de correção. A pretensão de correção colocada pelo Direito se refere não apenas à correção moral, mas também à correção ética e à correção pragmática, considerando-se que o discurso jurídico não é um caso especial do discurso moral, e sim do discurso geral prático em suas dimensões moral, ética e pragmática. Uma vez que não se trata de buscar no processo penal a mítica e hoje questionada verdade real, e sim a verdade judicial, importa que esta e aquela sejam verdades coincidentes e, para tanto, impõe-se revestir o julgamento de mecanismos que elevem ao máximo o grau de correção da decisão proferida pelos jurados.

Entre os obstáculos no caminho da pretensão de correção, está, justamente, a existência de dois princípios relacionados ao direito de defesa: ampla defesa e plenitude de defesa. Essa dicotomia aponta diretamente para o problema da colisão de direitos fundamentais. Tal conflito se estabelece porque o procedimento do júri é composto de duas fases distintas, com atuação de um juiz singular na primeira fase e de jurados na segunda. Tem o juiz singular, durante o *judicium accusationis*, o poder de julgar a admissibilidade da acusação. Aos jurados, na fase seguinte, denominada *judicium causae*, compete decidir o mérito. A colisão se verifica porque, mesmo na primeira fase, a decisão do juiz destina-se a promover uma decisão dos jurados na segunda fase. Dessa forma, mesmo que se trate de uma defesa dirigida ao juiz e ao modelo decisório da persuasão racional, não pode a plenitude de defesa retirar-se de cena, devendo ser objeto de ponderação quando da utilização de meios defensivos que possam impactar a decisão dos jurados futuramente. Por outro lado, caso a defesa seja exercida com o objetivo alternativo de desclassificar a infração penal para crime da competência do juiz singular, esta se realizará segundo uma premissa de ampla defesa, a fim de impactar uma decisão singular e motivada em provas colhidas durante o contraditório.

Isso implica que o princípio da plenitude de defesa, como mandamento de otimização, seja aplicado às decisões do juiz singular no rito do júri em medida tão alta quanto possível. Desse modo, em que pese a precedência da ampla defesa no *judicium accusationis*, não há exclusão do princípio da plenitude de defesa, que será aplicado em grau a ser determinado pela lei da ponderação, a qual contém os graus das intensidades de intervenção e da importância do cumprimento do princípio colidente.

Por outro lado, a plenitude de defesa representa, indiscutivelmente, uma ampliação do direito de defesa em favor pessoas acusadas perante o júri.

Paradoxalmente, é justamente nessa defesa ampliada que incidem as normas restritivas previstas nos artigos 478 e 479 do CPP, as quais restringem o direito de defesa por meio da proibição da utilização de argumentos e provas teoricamente lícitas, estabelecendo a proibição de fazer, durante os debates no júri, qualquer referência aos termos da pronúncia e decisões que a confirmam, ao silêncio ou à ausência do acusado em plenário (art. 478), além de estabelecer a vedação de utilização de elementos de prova que não tenham sido juntadas com ciência da parte contrária pelo menos três dias antes do julgamento (art. 479).

Dentro do referencial teórico utilizado neste trabalho, as restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental e, para que tais normas sejam válidas, é necessário que estejam em harmonia com a Constituição.

Nesse sentido, é perfeitamente possível identificar a regra do art. 479 do CPP, como o resultado da ponderação entre os princípios da plenitude de defesa e do contraditório, no qual se insere a igualdade processual, expressa pelo equilíbrio de armas. Sendo o contraditório o direito fundamental de contrapor-se ao adversário de forma isonômica, tal possibilidade restaria subtraída do processo caso se permitisse que uma parte pudesse surpreender a outra com uma prova apresentada durante o julgamento em plenário, sem prévia ciência e oportunidade de contraprova. Além disso, estaria comprometido o princípio da boa fé processual, que constitui postulado ético do monopólio estatal da justiça e, portanto, do processo. Assim, o art. 479 está em harmonia com a Constituição, configurando uma proteção à plenitude de defesa, e não uma restrição.

Da mesma forma, percebe-se que o art. 478 pretende salvaguardar a plenitude de defesa, ao invés de restringi-la. A proibição de referências à pronúncia e decisões que a confirmam como argumento de autoridade impedem o órgão acusador de utilizar a autoridade do juiz contra o acusado, o que exerceria influência indevida sobre os jurados, com prejuízo ao direito de defesa. Ao proibir alusão ao uso de algemas, o legislador está afastando a argumentação baseada no denominado *direito penal do autor* e enfatizando a proteção à dignidade da pessoa humana, a qual constitui o alicerce do edifício dos direitos fundamentais. Quanto à proibição de mencionar o silêncio do acusado, o legislador está preservando o direito constitucional ao silêncio de toda pessoa acusada, cuja origem deita raízes na Idade Média e início da Renascença, constituindo a versão nacional do *privilegio*

against self-incrimination do Direito anglo-americano, traduzindo manifestação do princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual é inerente ao instinto humano de autopreservação.

Percebe-se que a distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa gera uma colisão de princípios que se resolve pela ponderação, predominando a ampla defesa na primeira fase do procedimento do júri, numa relação de precedência condicionada, uma vez que, na segunda fase, perante os jurados, prevalece a plenitude de defesa. Além disso, da investigação realizada nos capítulos anteriores, emerge a conclusão de que a restrição ao direito fundamental de defesa plena no júri é apenas aparente, pois os artigos 478 e 479 do CPP acabam por resguardar a plenitude de defesa, na medida em que impedem surpresas à defesa do acusado, bem como a utilização sofismática de argumentos fundados na autoridade ou no direito penal do autor. É bem verdade que, em razão do contraditório, também a acusação está protegida contra argumentos desse tipo, prevalecendo, porém, a proteção à plenitude de defesa como resultado da proteção à dignidade da pessoa humana, por constituir fundamento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alex. Luís Afonso Heck (organizador, tradutor, revisor); Anízio Pires Gavião Filho. (et. Al.). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 2015.

_____. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva DA 5ª ed. Alemã Theorie der Grundrechte, São Paulo, Malheiros, 2006.

ALMEIDA, Dario Martins de. **O livro do jurado**. Coimbra, Livraria Almedina, 1977.

ALMEIDA, Roger Paulo Giaretta de. **Tribunal Do Júri - Ampla Defesa Diferente De Plenitude De Defesa – Novidade De Tese Na Tréplica – Possibilidade**. In *Quaestio Juris*, vol.07, nº 01, Rio de Janeiro, 2014. p. 26-46. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/10808/8408>>. Acesso em: 03 Abr. 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Processo penal e democracia**. In: Justiça Criminal e Democracia II. André Vinícius de Almeida... [et ali]; coordenador Bruno Amaral Machado. São Paulo, Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2015.

_____. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba, Juruá, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina**. Art.18: “[...] é inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos” (tradução livre). Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 19 Mar. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10ª edição. São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA, Ruy. **O Júri sob Todos os Aspectos**. Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1950.

BARROS, Francisco Dutra. **Manual do júri**. Leme (SP), JH Mizuno, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2010.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, In revista de direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009.

BEÇAK, Rubens. **A democracia na modernidade: evolução histórica**. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 22. Vol. 87. São Paulo, Revista dos Tribunais.

BIBLIA SAGRADA. “Por ventura condena a nossa lei um homem sem primeiro o ouvir e ter conhecimento do que faz?” (João, 7,51). **Bíblia Online**. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/jo/7/51>>. Acesso em 21 Jan. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

BOVINO, Alberto. **Los principios políticos del procedimiento penal**. 1 a ed. 1ª reimp. A Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 45.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 73.162-SC**. 5ª Turma. Relatora Ministra Jane Silva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=716228&num_registro=200602808430&data=20070917&formato=PDF>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **PExt no Habeas corpus 109.941-RJ**. 5ª Turma. Relator Ministro Dilson Dipp. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1076270&num_registro=200801433539&data=20110817&formato=PDF>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 603**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=603.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 704**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=704.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 712**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=712.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 721**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=721.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 18 Jan. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 18 Dez. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, LIV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 Mar. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 Mar. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 Dez. 2017.

_____. **Lei 3.689**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: Jan. 2018.

_____. STF. **HC 82.672-5/RJ**. Conforme assentado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, no HC 82.672-5/RJ. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393050>>. Acesso em: 08 Abr. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. HC 127307 AgR / SP - SÃO PAULO. Relator Min. Rosa Weber. Julgado em 17/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11916068>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. HC 84517 / SP - SÃO PAULO. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 19/10/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357942>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 132556 / SP - SÃO

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. RHC 120598 / MT - MATO

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. RHC 137.368 - Paraná. Julgado em 29/11/2016. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268767>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. RHC 137.368 - Paraná. Julgado em 29/11/2016. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268767>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. ARE 964246 RG / SP - SÃO PAULO. Julgado em 10/11/2016. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://hstf.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 143.641. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Ata do julgamento disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 21 Fev. 2018.

BUCCI, Eduardo Sadalla. **A Jurisdição Constitucional e a Contextualização do Texto da Constituição Federal de 1988**: Mutação Constitucional. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 22, vol. 87, abr-jun. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: Teoria e Prática. São Paulo, Atlas, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires, Europa-América, 1974.

CHILE. **Constitui o Política da República do Chile**. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf>. Acesso em: 19 Mar. 2107.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 6  ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. **A nova concep o de hermen tica constitucional**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 23, vol. 91, abr-jun. São Paul, Revista dos Tribunais, 2015.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

CUBA. **Constituição da República de Cuba.** Disponível em: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em: 19 Mar. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo, Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O Direito da Liberdade.** Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPAÑA. **Constitucion.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 11 Dez. 2017.

_____. **Lei Orgânica 5/95.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>>. Acesso em: 11 Dez. 2017.

EUA. **EMENDA V (1791):** Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_5_1791>. Acesso em: 21

_____. **EMENDA XIV (1868):** Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_5_1791>. Acesso em: 21

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Orlando Venâncio dos Santos. **A dogmatização da ampla defesa.** Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2005.

FISHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência.** São Paulo, Atlas, 2017.

FRAGA, Márcio André Keppler; NASSIF, Aramis. **Código de processo penal comentado**. Org. Marcus Vinicius Boschi. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

FRANÇA. **Code de Procédure Pénale**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006167469&cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 11 Dez. 2017.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais**, Argumentação e Ponderação. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição**. In: LEAL, Rogério Gesta; SPAREMBERGUER, Raquel. Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. p. 124-125. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/anais%20do%20i%20seminario%20nacional.pdf>. Acesso em 10 Jan. 2017.

_____. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Luís Afonso Heck (organizador, tradutor, revisor); Anizio Pires Gavião Filho. (el. Al.). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 2015.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOESSEL, Karl Heinz. **El defensor en el proceso penal**. Bogotá, Editorial Temis, 1989.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais.

GOMES, Márcio Schlee. **Júri: limites constitucionais da pronúncia**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2010.

GÓMEZ, Ramón Maciá (Org.). **Sistemas de Proceso Penal em Europa**. Barcelona, Cedecs Editorial.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba, Juruá Editora, 2012.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. Ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

GROSSO. **Julgado em 24/03/2015**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9003003>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

GUEDES, Gabriel Pinto. **Ampla e plena defesa: conteúdo, função e concretização**.

In: *Processo Penal e Garantias Constitucionais: estudos para um processo penal democrático* (Org. Nereu José Giacomolli, Vinicius Gomes de Vasconcelos). Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2014.

HASSEMER, W. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **O sistema de justiça criminal dos Estados Unidos: um modelo em crise?** Porto Alegre, Núria Fabris Ed., 2013.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>>. Acesso em: 11 Dez. 2017.

KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. **The American Jury**. Chicago: University Of Chicago Press, 1976.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARGUIER, Jean. **La procédure pénale**. Paris, Presses Universitaires de France, 1963.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. II. Niterói, RJ, Impetus, 2012.

LUDWIG, Roberto José. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Luís Afonso Heck (organizador, tradutor, revisor); Anízio Pires Gavião Filho. (et. Al.). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 2015.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 95-96.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo, Editora Atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1955.

MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. University of Colorado. Law Review. V. 73, set. 2002, p. 37. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 08 Jan. 2017.

MARTINS DE ALMEIDA, Dario. **O livro do jurado**. Coimbra, Livraria Almedina, 1977.

MAURER, Harmut, **Contributos para o direito do estado**. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

MEXICO. **Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>>. Acesso em: 19 Mar. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **As Condições Democráticas de Ronald Dworkin e o Instituto da Judicial Review**. In: Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre, FMP, 2015, p. 193-194. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF>. Acesso em: 06 Jan. 2017.

NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

NASSIF, Aramis; FRAGA, Márcio André Keppler. **Código de processo penal comentado**. Org. Marcus Vinicius Boschi. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

NETO, José Cretella. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo, Atlas, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo, Atlas, 2015.

PAULO. Julgado em 23/05/2017. Relator Min. Ricardo Levandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998272>>. Acesso em: 14 Fev. 2018.

PEREIRA E SILVA, Igor Luis. **Princípios penais**. Salvador, Editora Juspodium, 2012.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Chaim Perelman; Lucie Olbrechts-Tyteca. Tradução: Maria Ermantina Prado Galvão. São Paulo, Malheiros, 2005.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários. 11. ed. ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, 2005.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. São Paulo, Atlas, 2015.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

ROVEGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas, Bookseller, 2005.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunter; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

SANCHES CUNHA, Rogério. **Tribunal do Júri**: Procedimento Especial Comentado por Artigos. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SANTOS, Luciano Aragão. **A natureza (constitucional?) do duplo grau de jurisdição no direito processual brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14753>. Acesso em: 12 Dez. 2017.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11^a ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. **As Quaestiones Perpetuae**. Disponível em: <<http://www.scholz.adv.br/images/documento/2f5c721c76ad46719b73e9006e70cb24.pdf>>. Acesso em: 09 Dez. 2017.

SCHROTH, Ulrich. **Hermenêutica filosófica e jurídica**. In: KAUFMANN, A.; SILVA, Tadeu Antonio Dix. Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito. São Paulo, IBCCRIM, 2000.

SOUSA E SILVA, Tassyla Queiroga. **A influência da doutrina de Ronald Dworkin na afirmação da jurisdição constitucional**. Revista do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 2 (2013), nº 11, 13037-13067. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/11/2013_11_13037_13067.pdf>. Acesso em: 28 Dez. 2016.

SOUZA, Raquel. **O Direito Grego Antigo**. In Fundamentos da História do Direito. Org.: WOLKMER, Antonio Carlos. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

STRAUSS, Peter. In: **Due Process**. Legal Information Institute. Cornell Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/due_process>. Acesso em: 12 Fev. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Constitucional e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica na construção do direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Tribunal do Júri**: símbolos e rituais. 3. ed. rev., mod., e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Verdade e consenso**. 6. Ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio. _____. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017.

TUBENSCHLAK, James. **Tribunal do Júri**: contradições e soluções. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri**: Estudo sobre a mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

VENEZUELA. **Constituição da República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em 19 Mar. 2017.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do Júri na ordem constitucional brasileira**: um órgão da cidadania. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 128-129.

WALDRON, Jeremy. **The Constitutional Conception of Democracy**. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em: 07 Jan. 2017.