

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO**

**MARINA YATSUDA FREDERICO**

**O DIREITO À DEFESA EFETIVA NO TRIBUNAL DO JÚRI**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Motauri Ciocchetti de Souza

**SÃO PAULO**

**2021**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO**

**MARINA YATSUDA FREDERICO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Professor Dr. Motauri Ciocchetti de Souza

**SÃO PAULO**

**2021**

Discente: Marina Yatsuda Frederico

Título: O direito à defesa efetiva no Tribunal do Júri

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito Processual Penal

Banca Examinadora

---

Orientador: Professor Dr. Motauri Ciocchetti de Souza

Instituição: PUC-SP

---

Professor Doutor:

Instituição:

---

Professor Doutor:

Instituição:

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho de mestrado ao meu amigo e irmão, Eduardo Lontro de Carvalho e à Stephanie Vieira de Oliveira, por toda a sua incondicional amizade, desde sempre.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, a meus pais e a minha tia, Celso Frederico, Enid Yatsuda Frederico e Ercy Yatsuda, que, não tenho dúvidas, torceram por mim ao longo desta jornada.

Agradeço imensamente o apoio, a paciência e o companheirismo diário de Erica Ferreira da Costa, não sei como teria sido fazer este trabalho sem o seu incentivo.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Motauri Ciocchetti de Souza, por toda a direção com a qual me guiou para a realização da presente pesquisa.

Agradeço aos meus queridos amigos:

Célia Regina Mendes, obrigada pela torcida, pelo apoio e ouvido ao longo de nossas prosas telefônicas nestes tempos pandêmicos.

Professora Dalva Garcia, obrigada por todo o carinho, crença e fôlego para que eu finalizasse esta pesquisa.

James Hermínio Porto, obrigada por todo o seu afeto, nossas longas conversas e desabafos, e também por nossas discussões jurídicas extracurriculares que, certamente, puseram-me a refletir melhor a respeito de quais rumos tomar em meu texto.

Aos amigos Jonas Del Nobile e Rodrigo Castelo Branco agradeço pela força que me deram todas as vezes em que, na minha varanda, sentava para desabafar sobre as inseguranças e ansiedades inerentes a este processo acadêmico.

A Rafael Coelho agradeço por toda a força, auxílio burocrático e, acima de tudo, pela amizade indissolúvel, sincera e risonha que o curso de mestrado nos proporcionou.

A Lígia Marinho, por ter revisado a presente dissertação com absoluta paciência e profissionalismo.

A Professora Dra. Lucineia Rosa dos Santos, por toda a solidariedade desprendida; a Luiz Pires, por toda a sua candura, torcida e amizade.

A Natalia Solferini, por todas as vezes que me incentivou a prosseguir essa caminhada.

Ao Professor Doutor. Plínio Antônio Britto Gentil, por ter me apresentado a prática da docência, pela qual me apaixonei e decidi realizar esse trabalho de mestrado, não obstante, por todo o apoio que me deu ao longo desse processo.

Agradeço também a Suely Solferini, por, desde sempre, ter me apontado os melhores caminhos e, mesmo não os seguindo e me arrependendo depois, sou-lhe muito grata.

## RESUMO

Esta dissertação de mestrado se propõe a discorrer a respeito do direito à defesa no rito processual penal do Tribunal do Júri. Para estudar o tema, inicialmente será descrito o conceito de Tribunal do Júri, suas origens e inserção histórica. Em segundo momento, a pesquisa se concentrará nos princípios que norteiam do direito à defesa no processo penal constitucional, tal como isonomia, ampla defesa (pessoal, técnica e direito ao silêncio), acesso à justiça e assistência judiciária. Seguidamente, já no terceiro capítulo, este trabalho se propõe a questionar, estudando todas as etapas do plenário do júri, se há ou não a efetividade do direito à defesa ao cidadão vulnerável e se esse direito está ou não em paridade de armas com a acusação ministerial. Em quarto e último capítulo, a proposta será discutir os meios assecuratórios à efetividade do direito objeto da presente pesquisa, no rito do Tribunal do Júri. Outrossim, partindo da premissa garantista do processo penal constitucional e, por conseguinte, analisando o Tribunal do Júri como instrumento de garantia constitucional da pessoa acusada, a presente pesquisa tenta responder, ao fim, ao seguinte questionamento: a defesa é efetiva aos mais vulneráveis nesse rito processual? Por fim, após análise bibliográfica, serão estudados os pontos elementares para que se consiga a resposta a presente pesquisa.

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri; Direito à Defesa e Garantias Fundamentais à Pessoa Acusada Vulnerável.

## ABSTRACT

The master's thesis proposes to discuss the right to defense in the criminal process rite of the Jury Court. To study the theme, the concept of the Jury Tribunal, its origins and historical insertion will be described. Secondly, a research focuses on the principles that guide the right to defense in the constitutional criminal process, such as isonomy, wide-ranging defense (personal, technical and right to silence), access to justice and legal assistance. Then, in the third chapter, he proposes to question, studying all the stages of the jury's plenary session, whether or not there is the effectiveness of the right of defense to the vulnerable citizen and, whether this right is, or not, on par with weapons with the ministerial prosecution. In the fourth and final chapter, a proposal will be to discuss the means of access to the effectiveness of the right object of this research, in the Rite of the Court of the Jury. Furthermore, starting from the guarantee premise of the constitutional penal process and, consequently, analyzing the jury court as an instrument of constitutional guarantee of the accused person; this research tries to answer, in the end, the following question: is the defense effective for the most vulnerable in this procedural rite? Finally, after analyzing the bibliography, the elementary points will become probable in order to achieve the answer to the present research.

**Keywords:** Jury Court; Right to Defense and Fundamental Guarantees to the Vulnerable Defendant.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – A INSTITUIÇÃO DO JÚRI.....	12
1.1. Conceito.....	12
1.2. Origens.....	14
1.3. Histórico constitucional.....	16
1.4. Estrutura na Constituição Federal de 1988.....	24
1.4.1. Plenitude de defesa.....	25
1.4.2. Sigilo nas votações.....	26
1.4.3. Soberania do veredicto.....	28
1.4.5. Por que apenas crimes dolosos contra a vida?.....	33
2. Direito de defesa.....	38
2.1. Devido Processo Legal.....	39
2.2. Contraditório.....	43
2.3. Ampla defesa.....	47
2.3.1. Direito à defesa pessoal.....	49
2.3.2. As prerrogativas da defesa ou do defensor.....	51
2.4. O acesso à Justiça e à assistência judiciária integral.....	53
2.5. A isonomia: <i>Cura pauperibus clausa est?</i> .....	62
CAPÍTULO 3 – A EFETIVIDADE DA AMPLA DEFESA E A PARIDADE DE ARMAS NO RITO DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	71
3.1. O direito humano à defesa técnica adequada e paritária.....	71
3.2. A vulnerabilidade social e econômica como discriminema ser sopesado para asseguração do princípio do devido processo legal.....	76
3.3. O exercício da ampla defesa e a paridade de armas no rito escalonado do Júri.....	79
3.3.1. A investigação policial e a paridade de armas.....	80
3.3.2. A instrução processual e os rigorismos formais.....	84
3.3.3. A fase de plenário.....	91
3.3.4. A quesitação.....	94
CAPÍTULO 4 – MECANISMOS ASSECURATÓRIOS DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APURAÇÃO E NO JULGAMENTO DE CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	97
CONCLUSÃO.....	106

REFERÊNCIAS .....	110
-------------------	-----

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se propõe a questionar qual a efetividade da defesa no Rito Processual do Tribunal do Júri.

Para tal, primeiramente, será explanado o que diz respeito ao instituto Tribunal do Júri, suas origens, como se deu ao longo da história e no Brasil, como a instituição fora conduzida até os dias atuais e sua estrutura dentro da Carta Constitucional.

Em segundo momento, o objetivo será abordar a estrutura do direito à defesa e suas ramificações, isto é, o acesso à Justiça e à assistência judiciária integral.

Seguidamente, discute-se a paridade de armas entre acusação e defesa, questionando a efetividade do direito à defesa dentro das diferentes escalas do rito do Tribunal do Júri, isto é: investigação, instrução, plenário e, por fim, votação.

Em último capítulo, são encontrados os mecanismos que asseguram a paridade de armas entre acusação e defesa, dentro do processo penal constitucional.

Por fim, após abordar esses elementos, a presente dissertação propõe-se a concluir se há ou não efetividade no direito à defesa no rito do Tribunal do Júri, em se tratando do duplamente vulnerável: pessoa que se encontra suspeita ou ré em persecução penal e socialmente pertencente à classe vulnerável da população.

Outra tarefa a que este trabalho se propõe é saber se o instituto do Tribunal do Júri auxilia na efetividade do direito à defesa por meio da plenitude da defesa técnica.

Por fim, pretende-se questionar o seguinte aspecto: se a defesa técnica efetiva manifesta-se presente e isonômica em nossa sociedade, dentro do rito do Tribunal do Júri.

## CAPÍTULO 1 – A INSTITUIÇÃO DO JÚRI

### 1.1. Conceito

O Tribunal do Júri é a instituição competente para julgar os crimes contra a vida.

Tem como principal característica o fato de deixar as decisões “nas mãos” da população leiga do conhecimento jurídico a tarefa de responsabilizar ou não a pessoa acusada do cometimento de crimes dolosos contra a vida.

Todavia, em prol da melhor segurança jurídica, processos atinentes ao júri se dividem em duas fases: pronúncia e plenário. Como serão abordadas mais adiante, não compete a este tópico adentrar os detalhes de cada uma dessas fases. Porém interessa ressaltar que a primeira será presidida em detalhes por um juiz togado, sendo verificado atentamente, pois as questões de ordem jurídica (indícios de materialidade e autoria) e, com possibilidade de Recurso em Sentido Estrito ao tribunal.

Já na segunda fase apresenta-se a decisão por força da íntima convicção dos jurados, sendo eles responsáveis pelo julgamento dos fatos, ao passo que compete ao juiz togado voltar-se às questões técnicas, afinal exerce a função de presidente do plenário.

Outro ponto imprescindível a se ressaltar nas primeiras linhas da presente pesquisa é que o Tribunal do Júri deve ser entendido pela ótica do processo penal acusatório, como ordena a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, como instrumento que tem como principal finalidade a garantia à pessoa acusada do devido processo legal. Para tal, exige-se paridade de armas entre a acusação e a defesa, colocando-as em condições de igualdade para pleitear os interesses de ambas.

Essa postura diante não apenas do Tribunal do Júri, mas do processo penal como um todo, obedece à ótica garantista do processo, que tem como um dos principais pensadores o professor Luigi Ferrajoli.

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo (FERRAJOLI, 2002, p. 29).

Por esse crivo pautar-se-á a presente pesquisa, no que compete ao rito processual do Tribunal do Júri.

Os ensinamentos de Carlos Araújo de Lima, em sua obra *Tribunal do Júri, grandes julgamentos do Tribunal do Júri*, nos trazemo conceito dessa instituição “[...] Porque o Tribunal do Júri é como que a vinculação essencial humana. Está de algum modo, preso, ligado ao fundamento do homem, que é a liberdade, e ao comando das coisas elementares da vida”(1982, p. 28).

Ainda, em debate com o professor Frederico Marques, deve-se levar em consideração que o Tribunal do Júri, afirma o professor Araújo, em nosso rol constitucional, é elencado entre as garantias constitucionais individuais, de modo que soa condizente com a máxima *todoo poder emana do povo*.

[...] Não acha, professor, – referindo-se ao Professor Frederico Marques – muita coincidência: primeiro, o júri está no capítulo constitucional dos Direitos e Garantias Individuais. Veja bem, “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido” “pórtido Primeiro de todas as Constituições. E tanto isso é exato que o Presidente da República é eleito pelo povo”(LIMA, 1982, p. 35).

Isso salta aos olhos, uma vez que o Tribunal do Júri traz em seu histórico raízes e tradições ligadas à democratização da Justiça e consciência democrática, ainda nos ensinamentos de professor Araújo.

[...] Há, também, em essência, o seguinte: o povo participando do julgamento de consciência, o povo pedagogicamente entrando num tribunal em que sente que ele é, na soberania de sua consciência, pelo conhecimento direto dos personagens, é inclusive capaz de fazer aquela vivência que nós, advogados do júri, sentimos[...] (idem).

Além disso, a instituição Tribunal do Júri é a única capaz de julgar determinado fato que também encontra-se dentro do cenário jurídico para além da técnica do Direito, levando em consideração fenômenos sociais, relações humanas e afetivas que ultrapassam os limites legais. Podemos, para isso, citar trecho do escritor Lima Barreto, em seu conto “O uxoricida e a sociedade brasileira”.

A lei, pela sua generalidade mesmo, não pode prever tais ou quais casos, os aspectos particulares de tais ou quais crimes; e só um tribunal como o júri, sem peias praxistas, de autoridades jurídicas, de arestos, de comentadores trapalhões, etc., pode julgar com o critério muito racional e concreto da vida que nós vivemos todos os dias, desprezando o rigor abstrato da lei e os preconceitos dos juristas (BARRETO, 1961, p. 168).

Após conceituarmos o Tribunal do Júri, adentremos, pois, nas origens dessa instituição, demonstrando sua íntima relação com as origens democráticas.

## 1.2. Origens

Pode-se afirmar que o Tribunal do Júri, com a forma tal, e como se entende hoje, teve origem na Inglaterra, disposto na Magna Carta em 1215. Todavia, mesmo sem tantos registros, o modelo de julgamento no qual o povo assumia a função judicante já se fazia presente hápriscas eras, inclusive nos áureos tempos do período greco-romano.

Assim, na Grécia, em meados do século IV a.C., havia o chamado Tribunal de Heliasta, composto por cidadãos comuns, no qual as pessoas se reuniam em praças públicas e exerciam as respectivas jurisdições. Deve-se lembrar, logicamente, quem eram os considerados cidadãos na sociedade ateniense: homens, oriundos da classe social mais elevada. Mas, de toda maneira, era o modo como o povo exercia seu poder, mesmo que fosse uma pequena parcela da população.

A histórica ilustração que temos do Tribunal do Júri em Atenas é a obra escrita por Platão *O julgamento de Sócrates*.

O livro transcreve o discurso de Sócrates em defesa própria durante o julgamento que, ao fim, o condena à morte. Porém podemos extrair desse discurso alguns elementos até hoje presentes em nossos plenários do júri. Aliás, plenários esses que bebem de modelos de julgamentos simbólicos que marcaram a história ocidental e, no caso específico do julgamento de Sócrates, oriental. Assim, a acusação que recai sobre o filósofo é por praticar, e convencer seus imberbes discípulos a praticar também, ateísmo, descrença aos deuses do Estado, também denominados de deuses oficiais.

A denúncia ao rei de Atenas é feita por Meleto e transcrita por Lincon e Anito, sendo Lincon, por sinal, inimigo pessoal de Sócrates. Após a denúncia ser aceita pelo soberano, que juntou as acusações, dirigiu o inquérito e reuniu 501 jurados, a sentença seria condenatória caso houvesse a maioria de sessentavozes. Seguidamente, deu-se início à execução da pena, que ocorre inicialmente com a prisão corporal e, após um tempo, leva-se a óbito o condenado. Nesse momento, Críton, amigo de Sócrates, pede ao rei algumas atenuantes de direitos, com a confirmação de que não haveria a menor possibilidade de tentativa de fuga por parte do condenado, dentre essas garantias, a faculdade de manter contato com seus amigos antes de sua morte.

Destarte, pode-se extrair desse julgamento algumas características que até hoje estão dispostas em nosso ordenamento jurídico processual penal, tal como a apresentação da

*notitiacriminis*, a necessidade de recebimento da denúncia por aquele que presidirá a ação penal e, um outro momento do processo, a execução, após o término da sentença condenatória. No que concerne ao legado que esse clássico julgamento deixou ao Tribunal do Júri, foco do presente trabalho, certamente se dá a decisão da culpabilidade do réu por pessoas do povo.

Em razão disso, manifesta-se temerária a afirmativa de que a forma hoje conhecida do Tribunal do Júri é oriunda do período romano. Além disso, no que diz respeito à matéria penal, não se deve olvidar que muito do que temos hoje com relação ao Direito Penal origina-se do período platônico, deixando como legado, inclusive, na obra *As leis de Platão*.

Ainda na Grécia, também em Esparta tivemos os chamados juízes do povo, que, por sua vez, eram semelhantes aos heliastas.

Já no período românico, a existência do Tribunal do Júri também se mostrava presente, porém, em forma de juízes em comissão, por volta do ano 155 a.C. Eram denominados *quaestiones perpetuae*.

Embora respeitável parte da doutrina afirme que o formato que influenciou o júri popular inglês advenha do período grego, outros afirmam ter germinado no período romano, tal como Rogério Lauria Tucci.

[...] outra, entretanto, em nosso entender, e com o máximo respeito, deve ser a conclusão da pesquisa às fontes disponíveis, determinantes da convicção de que o verdadeiro, por assim dizer autêntico, embrião do tribunal popular, que recebeu a denominação hoje corrente (Tribunal do Júri) se encontra em Roma, no segundo período evolutivo do processo penal, qual seja, o do sistema acusatório, consubstanciado nas *quaestiones perpetuae* (TUCCI, 1993, p. 15-16).

O Tribunal funcionava publicamente no Fórum, onde, no dia do julgamento, os jurados eram sorteados, sendo facultado ao acusador e ao acusado o direito de recusá-los sem qualquer motivação, até esgotar a lista (BANDEIRA, 2013, p. 22).

Aqueles que militam no Tribunal do Júri sabem que o acusador e o defensor são incumbidos de selecionar os jurados e, assim como no período romano, é-lhe facultado recusá-los por motivos de foro íntimo.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Lauria Tucci, essas regras, e outras que permeiam o Tribunal Popular, originam-se das já mencionadas *quaestiones*, que, com a devida licença para a comparação, seriam devido processo legal romano, no qual as regras ali se apresentavam, e as *quaestiones*, por sua vez, eram pré-formuladas por *legis* já previamente elaboradas. E essa exigência de regras prévias e tão semelhantes às de hoje, a qual trabalhamos

no Júri, podíamos encontrar, como mencionado, em Roma. Em razão disso, o professor advoga no sentido de que a origem do Tribunal do Júri, que levou ao Tribunal Popular Inglês, está em Roma.

Dispunha a Magna Carta de 1215 o seguinte princípio: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país.” (NUCCI, 2008, p. 42).

Após a Magna Carta, a Revolução Francesa também foi um marco para a instituição do Tribunal do Júri, uma vez que, em 1789, no intento de combater os mandatos de magistrados por absolutistas empossados, entregou-se o poder judicante às mãos da população, que, no período, exalava os ideais democráticos.

A partir disso—do júri se instituir na França—, espalhou-se pelo resto da Europa, como um ideal de liberdade e democracia a ser perseguido, como se somente o povo soubesse proferir julgamento justo. Relembremos que o Poder Judiciário não era independente, motivo pelo qual o julgamento do júri apresentava-se como justo e imparcial, porque produzido por pessoas do povo, sem a participação de magistrados considerados corruptos e vinculados aos interesses do soberano (NUCCI, 2008, p. 42).

Após a consagração desse instituto na Europa, volta os olhos, a presente pesquisa, a entender de que modo o Tribunal do Júri se firmou no Brasil, a partir de um breve histórico constitucional.

### **1.3. Histórico constitucional**

No presente tópico, a pesquisa não se propõe a discorrer em detalhes a respeito de todos os decretos e legislações que permearam a instituição Tribunal do Júri ao longo de nossas constituições. Mas objetiva demonstrar, de maneira epidérmica, a relação entre os avanços e retrocessos democráticos da instituição e sua estreita relação com os acréscimos e subtrações democráticas de nossa história.

No Brasil, o Tribunal do Júri foi instaurado por meio de decreto imperial, no dia 18 de julho de 1822, no qual se afirmava que o júri seria composto por 24 cidadãos “bons, honrados, inteligentes e patriotas” (NUCCI, 2016, p. 43) e possuía como principal atribuição o julgamento de crimes cometidos pela imprensa. O decreto em questão advém da Lei de Liberdade de Imprensa no Rio de Janeiro (salta aos olhos o caráter iluminista da legislação, bebendo dos

conceitos liberais que borbulhavam na Europa no início do século XIX, pós-Revolução Francesa).

Segundo Enéas Galvão, essa lei do Júri foi aplicada pela primeira vez, no Brasil, em 1825, em ação penal decorrente de carta injuriosa publicada com as iniciais R.P.B., no Diário Fluminense, injúrias essas que visavam a pessoa de Francisco Alberto Ferreira de Aragão, Intendente Geral de Polícia da Corte (Organização Judiciária, 1896, p. 278). Outros, no entanto, apontam João Soares Lisboa, redator do Correio do Rio de Janeiro, como o primeiro a comparecer perante o Tribunal do Júri”, que, aliás, o teria absolvido (VASCONCELOS, C.f LC. Apud MARQUES, 1963, p.15).

Em seguida, no ano de 1824, a Constituição Política do Império dispõe, em seu art. 151, no seguinte sentido:

Art. 151—O Poder Judicial é independente e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar assim no cível, como no crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem.

Por conseguinte, o Código Criminal do Império, outorgado no ano de 1832, recebera, também, fortes influências dos ditames garantistas oriundos da Revolução Francesa, tal como a maioria das legislações nacionais vigentes no período. Desse modo, o Código continha diversos direitos constitucionais, o que lhe trazia aspecto mais “democrático” e, dentre esses aspectos, amplíssimas atribuições ao Tribunal do Júri, inclusive.

Entretanto, Frederico Marques aponta aspecto, pode-se considerar, pouco realista do Código Criminal do Império em relação ao Tribunal do Júri, pois,

Pelo sistema do Código de 1832, em cada distrito havia um juiz de paz, um escrivão, inspetores de quarteirão e oficiais de Justiça; nos termos, um Conselho de Jurados, juiz municipal, promotor público, escrivão, das execuções e oficiais de Justiça; nas comarcas, um juiz de direito ou mais, conforme a população (MARQUES, 1963, p. 16).

Mas olvida-se que,

[...] de desenvolvimento da nação, que se constituía, esquecendo-se assim, o legislador de que as instituições judiciárias, segundo observa MITTERMAIER, para que tenham bom êxito, também exigem cultura, terreno e clima apropriados (idem).

Deixando claro que, para a época, não havia condições de aplicar a desejada estrutura dentro deste país.

Além do que, não obstante, deve-se sempre ressaltar que o acesso às garantias iluministas constitucionais era restrito a uma camada da população e negado àqueles considerados não dignos de direitos, os que, aos olhos da época, não eram pessoas, mas sim semoventes, os escravos.

Lembrando que, a Revolução Francesa e os princípios do liberalismo conviveram harmonicamente com a escravidão, como bem ensina o professor Alfredo Bosi, que entende que o liberalismo e a escravidão formaram um matrimônio afortunado, não apenas no Brasil, mas nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. Para fundamentar essa afirmação, o autor toma por base exemplos históricos, como o senador americano Jonh Caldwell Calhoun, grande defensor de garantias individuais, líder do Partido Democrático e seguidor de John Locke. De acordo com o político, as ideias abolicionistas eram gritadas ao arrepio da lei, pois ofendiam uma garantia constitucional inviolável, a propriedade privada.

Porém, devemos ressaltar que o direito ao acesso à Justiça, não apenas aos escravos, mas aos vulneráveis, era patrocinado por aqueles chamados rábulas, que, muito embora detivessem conhecimento do Direito, não eram diplomados, distintamente dos bacharéis que atendiam a mínima elite da população.

Dessa forma, por anos a fio na história do nosso País, a população vulnerável tivera seu direito à assistência jurídica integral e gratuita, por mais que ainda não houvesse esse nome, sob a tutela de rábulas. Passemos a descrever aquele que hoje é considerado um dos mais ilustrados juristas da história do Brasil, mas que, em sua época, chamavam-lhe rábula: Luiz Gama, aquele que nunca tivera acesso aos bancos acadêmicos e que ensinava, em suas petições, aos juízes, e também em cartas aos jornais, a ciência do Direito aos diplomados.

Luiz Gama, dos dez aos dezoito anos de idade, fora ilegalmente escravizado e, ao longo de sua vida e trajetória, dedicou-se a estudar a ciência jurídica e aplicá-la em prol da liberdade dos escravos negros, argumentando que os juízes deveriam se voltar ao Direito e a seus princípios libertários, condizentes com os princípios iluministas nos quais algumas normas a ele contemporâneas buscavam se nortear. Buscava trazer à pena a incompatibilidade entre o escravismo e os princípios liberais, embora esses, não apenas no Brasil, tivessem convivido e compartilhado dos mesmos interesses.

Dessa forma, entendia o Direito para além da norma e, bebendo inclusive de Rudolf vonIhering, afirmava que apenas fazia sentido o Direito caso fosse associado à luta por justiça e igualdade. Para tal, utilizava-se de seu douto saber jurídico para bradar a ânsia que sentia pela liberdade de escravos, calcado, para isso, em hermenêutica jurídica dos princípios, para além da normatividade. Exemplo nos traz a pesquisadora Lígia Fonseca Ferreira, em sua obra (e a mais recente a respeito de Luiz Gama) *Lições de resistência: artigos de Luiz Gama na imprensa de São Paulo e do Rio de Janeiro*.

Se algum dia [...] os respeitáveis juízes do Brasil, esquecidos do respeito que devem à lei, e dos imprescindíveis deveres, que contraíram perante a moral e a nação, corrompidos pela venalidade ou pela ação deletéria do poder, abandonando a causa sacrossanta do direito, e, por uma inexplicável aberração faltarem com a devida justiça aos infelizes que sofrem escravidão indébita, eu, por minha própria conta, sem impetrar o auxílio de pessoa alguma, e sob minha única responsabilidade, aconselharei e promoverei, não a insurreição, que é um crime, mas a “resistência” que é uma virtude cívica (FERREIRA, 2020, p.198).

Salta aos olhos, no presente trecho destacado, que o jurista se utilizou de um preceito republicano, a resistência, para combater a escravidão, levando a interpretação de que, caso o escravo cometesse o tipo penal insurreição, embora ele reconhecesse estar abarcado dentro do Código Criminal do Império, estaria servindo a um princípio que, por sua vez, rege o código de 1830, a resistência.

Inclusive, é forçoso o questionamento de como o período escravista fez do escravo o sujeito ativo no campo penal, mas não o considerava sujeito de direito. Isso nos leva à mais óbvia das interpretações: a lei que se adéqua ao *status quo* da sociedade dominante e aos seus interesses.

Desse modo, Luiz Gama avocou a si a responsabilidade de defesa da classe, contemporânea à sua existência, alijada de direitos, os escravos.

A já citada e mais recente obra a respeito do jurista, escrita pela pesquisadora Lígia Fonseca Ferreira, *Lições de resistência: artigos de Luiz Gama*, apresenta-nos diversas cartas nas quais o sábio discorre, por meio de princípios jurídicos oriundos de Direito romano, dentre outros, dirigida a notáveis bacharéis do Direito, defensores dos interesses das causas escravistas. Mencionemos alguns exemplos abaixo.

Em missiva denominada “Questão do pardo Narciso”, Luiz Gama convida o Sr. João Mendes de Almeida à reflexão a respeito de seu posicionamento, apoiado no catolicismo (“catolicíssima ingenuidade”, como afirma), de que a alforria dos escravos contrariaria os pilares cristãos. Para tal, afirma claramente, com a devida polidez que lhe era peculiar, que o advogado utilizava-se de dogmas religiosos para esconder o que realmente desejava: ir ao encontro dos interesses de seus clientes e, com isso, engordar sua bancada.

Fundamentado no Direito romano, no português e no mesmo o pátrio (pois mantidas por tribunais superiores do Império), Luiz Gama afirma que as alforrias forçadas são legítimas, convocando o adversário ideológico a um embate literário por meio da imprensa.

Para ilustrar o raciocínio, Gama menciona o exemplo de Manuel, “senhor” do escravo João, que oferece-lhe, por meio de testamento, ao seu irmão, Antônio. Em seguida afirma que, após a morte desse irmão, João estará liberto. O questionamento que se apresenta no universo jurídico é: “Pode o pardo João libertar-se da prestação de serviço que lhe foi imposta pelo testador?” (FERREIRA,2020, p. 185).

Ao partir da resposta positiva, eis abaixo os argumentos:

O escravo, por virtude da disposição testamentária [...] ficou liberto, só com a obrigação de prestar serviços ao testador, e obedece-lhe; como pois, não pode já ser reduzido novamente à escravidão, entendo que pode esse escravo assim liberto remir-se da obrigação de prestar serviços, pagando estes e indenizando o legatário, pela avaliação que se fizer dos mesmos serviços; porque o contrário seria reduzir novamente à escravidão pessoas livres.

Para isso deve o dito liberto requerer ao juiz um curador que o represente em juízo e o defenda.

Este curador deverá nojuízo contencioso fazer citar o instituído para se avaliarem esses serviços a que ele tem direito, por peritos, por ambas as partes nomeados e aprovados e que, feita a avaliação, receba o preço ou o veja depositar na sua conta, ficando assim o mesmo liberto, desde logo, no pleno gozo de suas liberdades; sendo essa citação feita com a pena da revelia (op. cit., p. 185).

Assim, com o prosseguir da história e a Proclamação da República, o júri é transformado em Jurisdição Federal, de modo que, influenciado pela constituição americana, por intermédio da Constituição Republicana, o Tribunal do Júri galgou o patamar de direitos fundamentais, estando disposto no art. 72, §31, inciso II da Seção do Título, IV.

Importante ressaltar que, dentre outros eventos externos, o grande influente responsável pela instituição em tela discutida ter recebido tamanho patamar foi Rui Barbosa, como denomina Nucci, seu admirador incontestado.

Porém, como vislumbraremos no tópico seguinte, os avanços e retrocessos democráticos têm absoluta interferência na estrutura do Tribunal do Júri, e, com a Constituição de 1934, não poderia ocorrer nada distinto. O Tribunal do Júri, que ganhara “posto” de garantia individual na Carta anterior, retorna ao posto de poder judiciário em 1934.

Seguidamente, no Estado Novo, o Tribunal do Júri sofrera fortes retrocessos, condizentes com o período político no qual se encontrava. Em razão da ditadura, o conselho de sentença que, períodos antes, era formado por doze reduzira seu número para sete jurados, o que, diretamente, implica na redução de votos que poderiam ser favoráveis ao réu, além de que,

com um número ímpar de jurados, é retirada a garantia ao acusado de, em caso de empate nas decisões do colegiado, aplicar-se a decisão mais favorável ao acusado. Assim, o que antes era respeitosa presunção de inocência e ao princípio do *in dubio pro reo* torna-se violador.

Outro ponto instaurado no Tribunal do Júri em pleno período do Estado Novo foi a cláusula de incomunicabilidade entre os jurados. Nada mais compatível com um modelo de governo que se pauta na censura e na impossibilidade da troca de reflexões e ideias, típico de governos alheios ao regime democrático.

Evidentemente, não se pode afirmar que a comunicação entre os jurados, necessariamente, levaria às decisões que beneficiassem a pessoa acusada, mas, certamente, a comunicação, a reflexão e a troca de ideias entre os jurados leva a decisões menos contaminadas pelas paixões pessoais (incluindo preconceitos) e mais amadurecidas e conscientes, consequência natural do diálogo. Assim, decisões mais pautadas na razão e menos submissas às intempestivas emoções caminham mais ao encontro dos preceitos iluministas e democráticos e se voltam contra os ditames da tirania.

Voltando os olhos para as artes, que, por muitas vezes, nos auxiliam a pensar o Direito, a importância do debate na sala secreta é retratado no filme americano *Doze homens e uma sentença*. Não à toa, o Estado Novo tornou silente os jurados.

Além da redução do número de jurados e da imposição da cláusula de incomunicabilidade, o Estado Novo implementou a escolha dos jurados pelos juizes, de modo que o colegiado fosse formado por uma mínima elite nacional, afastando-se mais ainda da democratização da Justiça. Porém, como já fora escrito acima, em outros períodos da história do Brasil, a classe de jurados era “eleita” dentro da alta classe social.

Além desses já mencionados desmandos do Estado Novo em face do Tribunal do Júri, houve a retirada da instituição do texto constitucional e, depois de tanto fragilizá-la, atingiu-se o extremo de discutir a manutenção ou não do Tribunal do Júri no Brasil. Finalmente, no ano de 1938, por força do Decreto-Lei 167, afirmou-se a necessidade do Tribunal do Júri, todavia retirando-lhe a soberania do colegiado de jurados e, por conseguinte, facultando ao juiz togado, e até mesmo, a reforma, da decisão proferida por populares.

Esse aspecto afeta diretamente a soberania do Tribunal do Júri, tornando-o, à vista de alguns estudiosos, inócuo. Entretanto, abordaremos esse aspecto ao tratarmos das características do Tribunal do Júri contemporâneo, aos moldes da Constituição de 1988.

Com o prosseguir da história do Brasil e, de acordo com os ensinamentos de Igor Alves Noberto Soares, após o término da Segunda Guerra Mundial e a deposição de Getúlio Vargas em 1945 por força militar, conjuntamente com militares aos quais interessava o restabelecimento da democracia, no ano seguinte, 1946, fora formulada nova constituinte, resultando na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

Devemos nos lembrar, porém, que, a deposição do ditador Getúlio Vargas tinha interesses políticos de uma elite oligarca e poderosa no Brasil e, em razão disso, como também nos ensina o professor Guilherme de Souza Nucci,

A Constituição de 1946 ressuscitou o Tribunal Popular no seu texto, reinserindo-o no capítulo dos direitos e garantias individuais como se fosse uma autêntica bandeira na luta contra o autoritarismo, embora as razões desse retorno tivessem ocorrido, segundo narra VICTOR NUNES LEAL, por conta do poder de pressão do coronelismo, interessado em garantir subsistência de um órgão judiciário que pudesse absolver seus capangas (LEAL apud NUCCI, 2008, p. 43).

Ainda

Em análise eminentemente crítica, Hugo Baldessarini afirma a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, como demagógica e casuística, sem expressão par com a realidade, na medida em que o Executivo Federal preservava o seu intervencionismo na esfera econômica e os mesmos privilégios foram mantidos. Em Alberto Aggi, Agnaldo Barbosa e Hercília Mara Facuri Coelho ao presenciarem certo continuísmo da Constituição de 1946 com aquela do Estado Novo, ainda que a posterior restasse como produto de eixo liberal-democrático, com a definição de certas diretrizes democráticas, mas marcada mesmo pelo intervencionismo estatal, desprezo à necessária tutela dos direitos da pessoa humana e impossibilidade de se gerar estabilidade das instituições democráticas (SOARES, 2016, p. 76).

Ainda, o estudioso dos processos José Frederico Marques afirma que o grande ideal que inspirou a Constituição de 1946 fora a participação popular no poder jurisdicional, porém ressalta a importância de que nenhuma forma de julgamento vá de encontro aos autos, como acautela o legislador em art. 141, §28 da Constituição de 1946. Comparando à Constituição Federal de hoje, como será analisado mais adiante, temos a possibilidade de apresentar apelação com fulcro no argumento de que a decisão do veredito fora contrária às provas presentes nos autos. Percebe-se aqui uma das tantas heranças da Constituição de 1946 à nossa atual Carta Cidadã.

De acordo com esse dispositivo, mantida a instituição do Júri, deferido ficou ao legislador ordinário estruturá-la juridicamente. A este, porém, opuseram-se limitações que se referem à organização e forma de funcionamento do tribunal, e à sua competência. Quanto à organização, vedado está à lei instituir o conselho julgador com número par de membros; quanto à forma de funcionamento, não podem as normas que regulamentem o Júri, cercear o direito de defesa, nem estabelecer julgamentos descobertos. Em relação à competência: a) os crimes dolosos contra a vida são, *ratione*

*materiae*, da atribuição privativa, quanto ao julgamento, do Tribunal do Júri; b) não cabe aos tribunais superiores ou a qualquer outro órgão judiciário, em relação à competência funcional, convencer dos veredictos soberanos do Júri, para, como *judicium rescisorium*, reformá-los em grau de recurso (MARQUES, 1963, p. 26).

Ainda, de acordo com o autor, o legislador da Carta Constitucional de 1946 outorgou ao legislador maiores regulamentações a respeito da instituição do Tribunal do Júri, deixando claro que a Constituinte optou pela manutenção, em termos de tribunal popular, apenas do Tribunal do Júri, renegando outras como escabinos ou assessorado.

Destarte, o fato é que o Tribunal do Júri retomou seu posto de garantia fundamental, conjuntamente com a seguinte estrutura: plenitude de defesa ao acusado, soberania do veredito (que havia sido retirada), sigilo nas votações e, por fim, a restrição ao julgamento de crimes dolosos contra a vida.

Essa mesma estrutura foi absorvida pela Constituição Cidadã de 1988, porém com a distinção de que não há restrição ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, mas sim a necessidade de que delitos dessa natureza sejam julgados sob a competência do veredito popular.

Posto isso, passemos à narrativa do Tribunal do Júri na Constituição Ditatorial de 1967.

Após vinte anos de um olhar mais republicano para o Brasil, o País foi assolado por um dos mais violentos regimes já vistos em terras nacionais. A ditadura civil-militar de 1964 a 1985, com seu mais feroz período entre 1968 e 1974, conhecido como “Anos de Chumbo”, onde instauraram-se como política de Estado a tortura, a execução seguida de desaparecimento de corpos, o Esquadrão da Morte, além de ofensas viscerais a instituições democráticas, com o fechamento do Congresso, a retirada de direitos políticos de cidadãos brasileiros e a incessante perseguição a todos aqueles que, de alguma maneira (pela pesquisa, pelo ensino, pelas artes ou por formas mais diretas de realização política) manifestavam-se contrários ao regime arbitrário que havia se imposto.

Como esperado, o cerceamento de direitos democráticos não deixaria o Tribunal do Júri incólume a tantos retrocessos. Assim, a Constituição de 1967 realizou discretas e significativas modificações no Tribunal do Júri, que afastaram o instituto das premissas democráticas, porém, reitera-se, de forma delicada e sutil, que não deixasse transparecer a ruptura democrática.

A Constituição de 1967 manteve a instituição no capítulo dos direitos e garantias individuais (art. 150, § 18), fazendo o mesmo a Emenda Constitucional de 1969 (art. 153 § 18). Ocorre que por essa última redação, mencionou-se somente que “é mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a

vida”. Não se falou em soberania, sigilo das votações ou plenitude de defesa, fixando-se, claramente, a sua competência somente para o crime doloso contra a vida (NUCCI, 2007, p. 44).

O ordenamento jurídico que se mantém silente a respeito de direitos fundamentais, principalmente em um Estado ditatorial, isto é, esperando o ânimo do aplicador do Direito para aplicar ou não determinada garantia; nada mais representa do que o sucumbir de direitos. Pois não se pode olvidar que há ideologia por trás da norma, e que, via de regra, é a ideologia do poder dominante. Assim, se o Direito posto não se volta contra a ideologia do *status quo*, haverá, comumente, a supressão de direitos, principalmente à camada mais vulnerável da população. Esse raciocínio histórico nos é concedido, dentre tantos autores, por José Damião de Lima Trindade, em sua obra *História social dos direitos humanos*.

Seguidamente ao período ditatorial do Brasil, o País passa à redemocratização, e, por conseguinte, à nova Constituição. A Constituição Cidadã! A Constituição da República Federativa do Brasil, que, em razão de sua atualidade e importância, será discutida em tópico à parte e seguinte.

#### **1.4. Estrutura na Constituição Federal de 1988**

Percebe-se, com a história, que, após período de um governo tirano (anos, décadas ou séculos), o povo clama por um modelo de regime democrático. Assim, há clamor popular para que o Estado garanta os direitos fundamentais, e tal necessidade se manifesta de forma muito clara nos ordenamentos jurídicos que vêm em seguida às leis de governos despóticos e arbitrários. Os mesmos passos podem ser observados na história do Brasil, e, evidentemente, repercutiram no Tribunal do Júri.

Ainda, nos vernáculos de Guilherme de Souza Nucci, a Constituição Federal de 1988, influenciada pelo modelo norte-americano, mantendo o Tribunal do Júri como garantia fundamental, não alcança a natureza material dessa garantia, pois, de acordo com o pensamento do autor, tal apenas ocorreria se a manutenção de outros direitos fundamentais dessa questão dependesse, o que não é o caso. A prova disso, segundo o autor, é que o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, na constituinte contemporânea, não está no Tribunal do Júri. E se o contrário ocorresse, todos os Estados com a essência de Estado Democrático de Direito teriam, nos dispositivos de suas constituições, o rito processual do Tribunal do Júri, o que não acontece.

Todavia, com a devida vênia ao pensador de processo penal, faz-se mister ressaltar que, como será demonstrado no capítulo a respeito da história da instituição em questão, fez-se parte da aproximação com os momentos mais democráticos do País a ampliação e extensão do Tribunal do Júri e suas garantias, sendo *modus operandi* dos regimes ditatoriais a restrição da instituição. Inclusive, a ditadura civil-militar, como foi demonstrado em capítulo anterior, restringiu o Tribunal do Júri aos crimes dolosos contra a vida.

Outrossim, o Tribunal do Júri tem na Constituição Federal de 1988 a sua base em três princípios que, no presente tópico, discorreremos: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Abaixo, a pesquisa se propõe a analisar, com a atenção devida, cada um dos pontos mencionados.

#### **1.4.1. Plenitude de defesa**

Entende-se que, primeiramente, deve-se socorrer da diferença linguística entre ampla defesa e plenitude de defesa. Para tal, beber-se-á dos ensinamentos do dicionário da língua portuguesa *Houaiss*.

Dentre tantos significados que o dicionário nos apresenta para a palavra “amplo”, temos este como o mais adequado à presente discussão: “de grande alcance; abrangente (pesquisa); que tem significado abrangente (lato)”.

Já a palavra “pleno” nos traz: “estado do que é inteiro, completo; totalitário, integridade. SIN/VAR ver sinonímia de perfeição”.

Pode-se afirmar, diante disso, que se trata de uma defesa que, além de abrangente, nos processos pertinentes ao Tribunal do Júri, deve-se almejar atingir a perfeição. Isso porque o que está em julgamento é a liberdade daquele que está sendo acusado de investir contra o bem mais protegido da Constituição Federal, a vida. Logo não basta a defesa ampla, mas sim plena.

Tal afirmativa se baseia em dois pontos: a existência dos termos “ampla” e “plenitude de defesa” no artigo 5º da Carta Cidadã, e, como é notório, nenhum vocábulo é posto de modo aleatório pelo legislador. Muito embora haja vozes dissonantes que, ao contrário, afirmam que “O legislador constituinte simplesmente repetiu os princípios gerais da instituição do Júri, previstos na Constituição de 1946. Em razão disso, por puro descuido ou somente para ratificar uma ideia, acabou constando a duplicidade.” (NUCCI, 2007, p. 25).

Com o devido respeito ao posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, a presente dissertação não compreende que o legislador, por motivos outros que não estabelecer a devida distinção, tenha se utilizado do termo plenitude de defesa.

Destarte, esse princípio se vê aplicado em plenário a partir de alguns elementos, tais como oralidade, tempo de estudo do processo e o necessário contato com a pessoa acusada. Voltar-se-á a cada elemento.

Primeiramente, a oralidade tem como premissa a imprescindibilidade de estar presente em plenário expondo oralmente as teses defensivas. Certamente, a possibilidade de expor por uma hora e meia os pontos sob a ótica em prol da pessoa acusada obtém maiorefeito, em termos de convencimento, do que petições escritas. Assim ocorre, pois, não apenas o conteúdo do que está sendo dito é levado em consideração no plenário, mas, em grande peso, a forma e o simbolismo que se traz em plenário constitui forte relevância em prol da plenitude de defesa.

Além da oralidade, para que a plenitude de defesa ocorra com a devida efetividade, mostra-se de suma importância o cuidadoso estudo prévio dos autos. Evidentemente que, em se tratando de toda e qualquer forma de processo, o causídico deverá se debruçar, com o devido zelo que o ofício exige, ao caso. Todavia, em se tratando de processos de rito do Tribunal do Júri, essa atenção deverá levar em consideração as diversas teses que poderão ser apresentadas pela parte acusatória, também com o poder de convencimento da oralidade e, em respeito ao contraditório, embora não possa apresentar provas que estejam previamente presentes nos autos, poderá apresentar teses não esperadas pela parte defensiva.

Desse modo, o estudo dos autos e o prévio contato com a pessoa acusada se fazem imprescindíveis. Em razão disso, caso o causídico presente na fase instrutória renuncie, antes de adentrar em plenário, o novo patrono tem, por direito, quinze dias prévios. Tal não ocorre, por exemplo, com processos pertinentes a varas singulares.

Passemos, agora, ao próximo elemento que compõe a estrutura do Tribunal do Júri na Constituição de 1988, o sigilo nas votações.

#### **1.4.2. Sigilo nas votações**

Outro princípio constitucional que rege o Tribunal do Júri é o sigilo nas votações, previsto no art. 485 do Código de Processo Penal.

Por força do já mencionado de sobejo professor Guilherme de Souza Nucci, há alguns poucos doutrinadores que defendem que o princípio da publicidade é agredido pelo sigilo nas votações. Princípio da publicidade esse que também é garantia fundamental, prevista na Carta Cidadã, no art. 5º, inciso LX e art. 93, inciso IX do Código de Processo Penal.

É de interesse público que a votação em plenário do Júri ocorra com todos os recursos de segurança necessários àqueles que proferiram seus votos, pois, dessa maneira, haverá a decisão, de fato, advinda da íntima convicção de cada jurado, em vez de posicionamentos contaminados por ameaças ou outras interferências que o sigilo das votações evita. Inclusive, historicamente, esse princípio tornou-se incorporado ao rito do Tribunal do Júri para impedir que a elite agrária, ao ocupar o banco dos réus nas pequenas comarcas interioranas do Brasil, utilizasse de seu poderio político e a ciência de quem seriam os jurados para ameaçá-los.

Além da segurança para os jurados de que seus votos poderão ser proferidos sem lhes custar nenhuma consequência à integridade física ou psicológica, há também a possibilidade da votação ocorrer em sala secreta, alheia a qualquer público. A apenas o juiz, os advogados – defesa e acusação – e o promotor poderão presenciá-la. Essa necessária discrição ocorre para que nenhum ato dos que assistem ao júri interfira na sobriedade da decisão de cada membro do júri.

Se uma pessoa não contente com o rumo tomado pela votação, levantar-se e ameaçar o Conselho de Sentença, poderá influir seriamente na imparcialidade do júri, ainda que seja retirada – e até presa – por ordem do juiz presidente. Anular-se-ia um julgamento tão custoso para todos, por conta dessa invasão no convencimento dos juízes leigos? Justamente porque os jurados não detêm as mesmas garantias – nem o mesmo preparo – da magistratura togada, pensou o legislador, com sapiência, na sala especial (NUCCI, 2007, p. 30).

Além disso, em um Estado Democrático de Direito, percebe-se a absoluta relação entre o sigilo das votações e o caminhar democrático, bastando para tal, recorrer à importância do segredo do voto político em nosso País.

Hermínio Alberto Marques Porto:

Incomunicabilidade e sigilo são previstos como proteção à formação e manifestação, livres e seguras, do convencimento pessoal dos jurados, pela incomunicabilidade protegidos de eventuais envoltórios para arregimentação de opiniões favoráveis, ou desfavoráveis, ao réu, e pelo sigilo das votações tendo garantia do resguardo da opinião pessoal e individual, que pode não ser a majoritária, que é a expressão das decisões do Júri (art. 488); tem, portanto, o cidadão sorteado para o exercício das relevantes funções de jurado, então na disposição de integrante de um dos órgãos que exercem a Jurisdição Penal no País, garantia para a livre formação de seu convencimento, e para a livre expressão de sua decisão (PORTO, 1984 p. 44).

Todavia, encontra-se também, mesmo que minoritariamente, posicionamento pautando-se contra a necessidade de que todos, inclusive o acusado e aqueles que assistem ao plenário merecem tomar ciência de quem votou a favor contra a tese que mais beneficia o acusado. Assim defendem, pautados no princípio constitucional da publicidade, inerente ao Estado Democrático de Direito, inclusive ao Tribunal do Júri.

Entretanto, justamente em prol da melhor democracia, nenhum direito, sem exceção, é ilimitado. Logo, o princípio da publicidade pode e deve ser restrito em prol de outros, tal como o da privacidade, intimidade etc.

Outrossim, algo que é mister ser questionado é a relação íntima entre o princípio do sigilo nas votações, a cláusula de incomunicabilidade e ao encontro ou desencontro com os esteios democráticos. Pois pode-se afirmar que é desejada ao Estado Democrático de Direito a incomunicabilidade? Porque, como já mencionado, essa censura de comunicação leva a sentenças menos favoráveis ao acusado. Além do que, o diálogo e a troca de ideias e posições a respeito de determinado fator tornam o julgamento mais compatível com os pilares da democracia.

Tal aspecto é ilustrado de modo muito elucidativo na clássica obra cinematográfica *Onze homens e uma sentença*, escrita e dirigida por Reginald Rose. O filme retrata a reunião na sala secreta para se chegar um veredito comum entre os jurados, sendo que, *a priori*, estavam todos pendentes à condenação. Além disso, manifestavam ânsia em livrarem-se da incumbência e retomarem as questões de suas vidas, tratando, desse modo, a decisão sem a devida atenção.

Porém, uma das personagens, que maior concentração despendia ao caso, não estava convencida da condenação. E, após ampla explanação, inclusive interrompida por burdos posicionamentos contrários, demonstrou que, muito provavelmente, o réu não era culpado do crime pelo qual fora acusado, levando todos os jurados a assumirem uma sentença absolutória. Percebe-se, com isso, que a troca e o diálogo são de primeira importância para a mais salutar decisão, tornando o princípio de suma importância à questão de avanços democráticos no Tribunal do Júri.

### **1.4.3. Soberania do veredicto**

Outro princípio que estrutura o Tribunal do Júri na Constituição Federal é a soberania do veredito, presente no art. 5º, inciso XVIII, alínea “d” da Carta Constitucional.

Como o próprio nome nos leva a entender, a soberania é algo que não sucumbe a nenhum outro poder, pode-se citar como exemplo a soberania nacional, que impõe direitos e deveres sobre todos os interesses da nação, sendo defesas, pois, interferências alheias que imponham condições à nação. Mesmo em casos de tratados internacionais, deve-se lembrar de que nenhum país é obrigado a assinar qualquer tratado, sendo sua responsabilidade apenas cumprir com aquilo que, volitivamente, acordou.

Do mesmo modo a soberania no Tribunal do Júri pode ser entendida. Esse conceito nos leva a entender que nenhuma decisão de juízes togados, no que diz respeito ao mérito do processo, pode se sobrepor às decisões do corpo de jurados.

Todavia, muito embora seja considerada constitucionalmente soberana a decisão dos jurados, presencia-se determinada linha de pensamento que contraponha essa soberania, pois, por força do art. 456, §3 do Código de Processo Penal, que afirma que as decisões do corpo de jurados incontudentes com as provas apresentadas nos autos e discutidas em plenário podem ser revistas em sede de apelação, após serem rediscutidas em novo plenário e julgada por colegiado de desembargadores. Ora, visivelmente trata-se de questão de mérito, e não de direito. Pode-se afirmar que a lei infraconstitucional afronta a soberania do veredito, imposta pela Constituição Federal?

De acordo com o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, não, pois, para o autor, a plenitude de defesa deve ser o suficiente para garantir os direitos do acusado, não sendo, pois, coerente abdicar da soberania do veredito em prol desse. Pois o estudioso temo entendimento de que, ao se sobrepor às decisões dos jurados, faz-se inútil outorgar-lhes a responsabilidade por tais decisões.

Tal posicionamento encontra respaldo no modo de se entender os jurados como pessoas aptas o suficiente para decidir quanto às questões do fato que abarcam o processo, sendo, pois, prescindível o conhecimento técnico jurídico para proferir tais decisões. Assim, não há a menor necessidade dessas decisões serem revistas por detentores dessa sapiência. Além do que, os pontos concernentes a questões de ordem jurídica são entregues ao juiz. Exemplo, a dosimetria da pena compete ao presidente do Tribunal do Júri.

Ademais, para se atingir a fase de plenário, faz-se necessário passar pela primeira fase do processo do Tribunal do Júri, que é presidida e julgada única e exclusivamente por juiz togado. A partir desse momento, após atenta análise técnica, resolver-se-á se o acusado será ou não pronunciado, isso é, havendo indícios de autoria e materialidade (provas que se submeteram ao crivo do devido processo legal), o acusado será julgado pelo corpo de jurados, no qual as mesmas provas serão julgadas, ainda dentro do devido processo legal, pois gozará o acusado de todos os elementos do devido processo legal (plenitude de defesa, contraditório, direito à defesa pessoal etc.).

Em razão disso, na linha de argumentação daqueles que são contrários à possibilidade de rediscussão das decisões dos jurados por instância superior, se o corpo de jurado julga o fato e não o direito, nem mesmo em prol da preservação da pessoa acusada, pode ser revista a decisão.

Nesse sentido advoga não apenas o mencionado Guilherme de Souza Nucci como também Feu Rosa:

[...]equivocam-se os que depreciam o júri sob o crivo técnico-jurídico ou técnico científico que são os inimigos da democracia, os inimigos do júri, e daí a sua repugnância por tudo quanto exprime a presença mesmo decorativa do povo, o sinete documental de sua vontade, a réstiasimbólica de sua soberania [...] O júri é um Tribunal, e não um simples colegiado de primeira instância sujeito às impugnações ordinárias ( FEU ROSA apud NASSIF, 1996, p. 138).

Acompanha esse posicionamento o professor Aramis Nassif, em sua obra *Júri: instrumento de soberania popular*,

Das observações feitas sobre o Tribunal do Júri, base deste trabalho – mais as leituras das cultas lições, extrai-se o convencimento pela soberania dos verdictos, na eficácia e força de afastar qualquer pretensão recursal que não por objetivo matéria de direito (NASSIF, 1996, p. 137).

[...]

Entendo que o júri não integra o elenco orgânico judiciário, pois é direito e garantia do cidadão e do povo (tese que se sustenta neste texto), poder-se-ia concluir, *ad argumentandum*, que a instituição, na afirmação constitucional do art. 5º, inciso XXXVIII, letra d, é a observação antinômica à norma assentada, que veda restrição de matéria a ser apreciada pelo Poder Judiciário. Seria, pois, o único segmento decisório, com repercussão jurídica extraordinária, sem possibilidade de exame do judiciário (NASSIF, 1996, p. 138).

Segundo o autor, a Carta Constitucional definiu com maestria os conceitos de soberania popular, tanto no que compete ao Estado quanto ao Tribunal do Júri. Em razão disso, não compete à determinada lei ordinária ir de encontro a esse dispositivo constitucional. Eis a posição de Aramis Nassif.

Outra forma de se levar ao mesmo raciocínio é com base no pensamento de Gerard Legrand: “No contexto do contrato social (que informa indiretamente até as teorias mais revolucionárias), a soberania do povo só se limita (de maneira por vezes dialética) pela soberania de cada indivíduo, ou se prefere, de cada consciência.”

Ainda,

[...] E são aqueles que, muitas vezes, os juízes togados não podem sentir pois estão afeitos a fórmulas técnicas, estão mais preocupados em equacionar a jurisprudência, casos julgados, transferindo para isso, a responsabilidade que o jurado não transfere, que é dele, na interpretação psicológica e humana de circunstância que brotam através de um debate entre acusação e defesa, debate circular, completo, para a verdade humana. Então, vejo bem, essas oito horas<sup>1</sup> de debate são levadaspor taquigrafia, pela gravação, ao conhecimento dos juízes togados? Não. Os juízes togados se limitam àquilo que foi relatado muito sucintamente, não viram as circunstâncias da prova, não viveram as circunstâncias do debate e se permitem, por esse anteprojecto, muito respeitável, seu, rever uma situação que eles não conheceram(LEGRAND, 1983, p. 70).

Esse aspecto é o que pode ser aplicado para definir a soberania do veredito: a soma de cada consciência individual. Logo, é soberano.

Já aqueles que defendem o posicionamento do Código de Processo Penal (CPP), logo, a constitucionalidade da revisão da decisão dos jurados pelo corpo de desembargadores, há a seguinte linha de raciocínio que abaixo será esboçada.

O Tribunal do Júri tem como premissa maior a manutenção da democracia, não apenas no sentido de avocar as decisões à consciência da população, mas também ser condizente com o respeito a garantias fundamentais conquistadas após o período iluminista. Assim sendo, o respeito aos direitos humanos da pessoa acusada deve ser considerado com primazia dentro do Tribunal do Júri. E, mesmo com provas frágeis e não robustas o suficiente para a condenação da pessoa acusada, leva o corpo de jurados a proferir votos em face do réu, não se torna coerente com a Constituição a revisão dessa decisão de mérito?

Além disso, *in bonam partem*, por força do artigo 621 do CPP, é possível a revisão criminal endereçada às câmaras de desembargadores e ministros, como afirma Eugênio Paccelli de Oliveira.

No que se refere às demais características do Tribunal do Júri, veremos que a apontada garantia da soberania dos veredictos deve ser entendida em termos, tendo em vista ser possível a revisão de suas conclusões por outro órgão jurisdicional (os tribunais de

---

<sup>1</sup> Hoje não há mais essa quantidade de horas em debates. Por força do artigo 477 do Código de Processo Penal, o tempo máximo é de uma hora para a acusação e para a defesa, com direito à réplica e tréplica.

segunda instância e tribunais superiores), sobretudo por meio da denominada ação de revisão criminal (art. 621, CPP).

Embora semelhante possibilidade, à primeira vista, possa parecer uma afronta manifesta à garantia da soberania dos veredictos, pode-se objetar em seu favor o seguinte: a ação de revisão criminal somente é manejável no interesse do réu e somente em casos excepcionais previstos expressamente em lei (art. 621, I, II, III); funciona, na realidade, como uma ação rescisória (do cível), legitimando-se pelo reconhecimento da falibilidade inerente a toda espécie de convencimento judicial e, por isso, em todo julgamento feito pelos homens.

De mais a mais, pode-se ainda argumentar que, do ponto de vista de um Estado de Direito e de um processo penal garantista, como é e pretende ser o nosso, revela-se inconveniente e mesmo perigoso o trancamento absoluto das vias impugnativas das decisões judiciais (OLIVEIRA, 2009, p. 588).

Porém, faz-se mister ventilar um aspecto da sociedade na qual o Tribunal do Júri, no Brasil, se vê inserido, as decisões dos jurados que vão além das provas e dos pontos que foram apresentados em plenário, mas que seguem um “massacre midiático” fomentado, às vezes por anos, que, independentemente das provas apresentadas, o ânimo acusatório e o juízo condenatório são formados antes mesmo do plenário. E, diante de casos como esse, que não são raros e, via de regra, são depreciativos aos interesses e garantias da pessoa acusada e fomentados por questões alheias às provas; não se mostra coerente com a Constituição, a revisão por juízes togados?

Entretanto, quão isentos do clamor social e dos ataques midiáticos são os magistrados? Será que a análise probatória realizada por eles se distingue muito da proferida por juízes não togados?

Passemos, agora, a entender como a Constituinte enfrentou a questão da soberania na gestação da Constituição de 1988.

Primeiramente, diversos projetos foram apresentados, alguns objetivando manter, outros excluir o Tribunal do Júri da nova Carta Constitucional. Manifesta-se notório que venceram aqueles que pleiteavam a manutenção da instituição. No que tange à questão da soberania do veredito, foram propostos os seguintes textos:

De autoria do ministro Maurício Corrêa, dispunha o texto “com a sistematização recursal que lhe der a lei”. Os deputados Vasto Alves e José Richa acompanharam esse pensamento que deixava a questão recursal para ser enfrentada pelas normas infraconstitucionais. Já o deputado José Egreja adentrou com mais requintes a questão, e, dessa forma, descreveu o que hoje nos apresenta no art. 593, inciso III, alínea d do Código de Processo Penal

Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

III- das decisões do Tribunal do Júri, quando

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

§ 3º. Se a apelação se fundar no n. III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos; dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Salta aos olhos que, a par de todas as polêmicas levantadas a respeito desse inciso desacatara soberania do veredicto, o parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal “resolve” esse contraponto, ao afirmar que não haverá, nesse caso, novo veredicto por tribunal *ad quem*, à revelia do júri popular, mas sim outra submissão a novo júri popular.

A postura tomada nesse parágrafo, por sua vez, ameniza o motivo da discussão e não desacata a soberania dos jurados.

Assim, de acordo com Aramis Nassif, como já mencionado acima,

Neste momento é perceptível que, mesmo defendendo o reconhecimento ou a manutenção da instituição, a corrente que admite recurso de suas decisões identificava a evidente inconstitucionalidade da lei ordinária, tentando abrigá-la nos preceitos constitucionais. Todavia, foram vencidos, e o projeto encaminhado ao plenário já estava com a redação, feitas pequenas adaptações, aprovada para a Constituição (NASSIF, 1996, p. 141).

A presente discussão seguirá nos capítulos III e IV, ao tratarmos de quesitação e, no seguinte, ao voltarmos os olhos para recurso. Dessa forma, por hora, a dissertação passará ao próximo princípio sustentáculo do Tribunal do Júri, de acordo com a Constituição Federal, a assertiva de que, os crimes dolosos contra a vida deverão ser julgados em plenário do Júri.

#### **1.4.5. Por que apenas crimes dolosos contra a vida?**

Continuando a discussão a respeito da estrutura do Tribunal do Júri na Constituição de 1988, o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d da Carta Cidadã afirma a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Faça-se, de início, interpretação ampla do presente dispositivo legal, e fica evidente que os crimes dolosos contra a vida, impreterivelmente, devem ser objeto de julgamento pelo Tribunal do Júri. Todavia, em momento algum a Constituição se restringe a essa matéria, o julgamento por júri popular. Pormenorizadamente, não há, por força constitucional, a restrição

aos julgamentos apenas aos tipos penais inseridos nos art. 121 e seguintes do Código Penal Brasileiro.

Nota-se que o texto constitucional menciona ser assegurada a competência para os delitos dolosos contra a vida e não somente para eles. O intuito do constituinte foi bastante claro, visto que, sem a fixação da competência mínima e deixando-se à lei ordinária a tarefa de estabelecê-la, seria bem provável que a instituição, na prática, desaparecesse do Brasil. Foi o que houve em outros países ao não cuidarem de fixar, na Constituição, a competência do Tribunal Popular (NUCCI, 2007, p. 35).

Faz-se mister ressaltar que o fato de a competência mínima estar estabelecida no art. 5º da Constituição Federal a torna cláusula pétrea e, desse modo, impossível de ser modificada, exceto por meio de golpe à nossa Carta Constitucional. Afinal, o artigo que discorre a respeito de direitos fundamentais não pode ser modificado por meio de poder derivado.

Assim, dispondo a respeito da competência mínima do Tribunal do Júri, temos, na Constituição Federal, a preservação da instituição voltada, ao menos, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Porém, por que apenas os crimes dolosos contra a vida são julgados no Tribunal do Júri, sendo que outros crimes que também atentam contra a vida humana encontram-se excluídos no plenário popular?

Primeiramente, o conceito de crime doloso contra a vida, mesmo sendo competência do Tribunal do Júri, já fora amplamente debatido, mesmo pós-Constituição de 1988. De modo que outros crimes alheios àqueles elencados no Código Penal, que tinham como o bem tutelado a vida, eram pretensos a adentrarem no rol de competência do Tribunal Popular e não foram, como, por exemplo, o crime de genocídio?

Não vigorou tal entendimento, pois o conceito adotado pelo texto constitucional foi técnico, isto é, são os crimes previstos no Capítulo I (Dos crimes contra a vida), do Título I (Dos crimes contra a pessoa), da Parte Especial do Código Penal (NUCCI, 2007, p. 36).

Na mesma obra, Nucci ventila a reflexão sobre a qual, com base em seus ensinamentos, pretende-se aqui refletir: por que os crimes de genocídio, que também atingem vidas humanas, não se encontram no rol de competência do Tribunal do Júri? Nesse sentido, o autor rememora o dramático caso do Massacre de Haximu, no qual vários integrantes de tribo indígena ianomâmi foram assassinados por garimpeiros e entendeu-se impertinente ser passível de julgamento no Tribunal do Júri, avocando a competência à Justiça Federal. Nesse caso, a condenação se deu por juiz monocrático da Justiça Federal.

No caso em tela, os advogados de defesa recorreram da sentença condenatória proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio de Recurso Extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal alegando ser o caso de competência do Tribunal do Júri, e não da Justiça Federal: “se trata de conflito sobre interpretação e aplicação de norma escrita na Constituição, qual o da soberania do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e dos que lhe são conexos.”

Diante desse argumento, o Supremo, por meio do voto do ministro Cezar Peluso, relator do processo, afirmou que

[...]a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso [...] como (entre outros atos) matar membros do grupo”. O ministro acrescentou que “a discussão aqui é a delimitação conceitual do bem jurídico protegido pelo crime de genocídio, como pressuposto metodológico da resposta à questão última de saber se incide, ou não, o disposto no art. 5º, inciso XXXVIII, letra “d”, da Constituição da República, que estatui a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (RE 351487-RR, Pleno, (rel. Cezar Peluso 03.08.2006, M./V., *informativo* 434) apud NUCCI 2008).

Ainda de acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira, em momento de sua obra *Curso de Processo Penal*, na qual refere-se ao Tribunal do Júri,

A primeira observação que faríamos é que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não é a única assegurada ao aludido tribunal. Como vimos, na hipótese de conexão entre crime doloso contra a vida e outro da competência originária de juiz singular, prevalecerá a do primeiro (art. 78, I, CPP). O Tribunal do Júri, então julga também outras infrações penais, tudo a depender de previsão legal expressa (OLIVEIRA, 2009, p. 588).

Nesse sentido, há contrapontos à digna decisão.

Porém, mesmo com essa competência estabelecida, importante assegurar que muitas vezes, após a constituição de 1988, o Tribunal do Júri sofrera diversos ataques, com a afirmação de que, ao longo da história dessa instituição, já fora excessivamente afirmado: a população leiga não tem condições de julgar um crime. Afinal, suas decisões são vulneráveis. Pensemos, a partir disso, com os olhos dos tempos atuais. Será realmente possível afirmar que os jurados leigos não têm condições de julgar determinado crime?

Pode-se afirmar que os jurados possuem habilidade de sobejo para exercer a função que lhes incumbe a Constituição Federal, pois, mais uma vez utilizando argumento do respeitável jurista Carlos Araújo, não se trata de julgamento de direito, uma vez que isso já está devidamente respaldado pela técnica. Fato é que podemos entender como questões pertinentes

à vida humana que qualquer cidadão ou cidadã que habitem determinada sociedade e cultura tenham condições de julgar.

Além disso, ousa a presente pesquisa questionar: não seria salubre à democracia que outros crimes fossem julgados pelo Tribunal do Júri? Aqui se entende que sim, uma vez que trata-se de direta participação popular dentro do Judiciário. Esse aspecto, a aproximação das questões da esfera judicial e a população em geral, além de gerar maior aferição do que venha a ser o direito e, principalmente, proporcionar maior robustez no pleitear e invocar seus próprios direitos, resvalando em notórios frutos à consciência social e política de cada cidadão.

Ao cidadão acusado, ser julgado por seus pares, certamente, trará melhor garantia de seus direitos. Pois, à medida que a classe magistral é composta, em sua maioria, por membros da elite da sociedade, conforme estatística, e a maior parcela da população que se vê julgada pelo sistema penal está em posição de vulnerabilidade social, o olhar de julgamento do Judiciário para com o acusado – que jamais conseguirá atingir a neutralidade esbarra na visão de luta de classes e de dominação de uma elite por outra. Por conseguinte, essa ideologia de classe transparece em decisões judiciais que demonstram ausência de conhecimento ao fato social que está posto nos autos e como esse fato se manifesta em diferentes realidades sociais.

Faz-se mister esclarecer que, em hipótese alguma, a presente dissertação pretende retirar ou minimizar a excelência do trabalho e da importância da magistratura nacional, muito menos tornar aceitável determinada conduta que viole a integridade física ou moral, dignidade sexual, honra ou qualquer outro bem jurídico por ser “aceitável” em determinado meio cultural e não em outro. Todavia, a utilização severa do direito penal – que deveria ter o espaço como *ultima ratio*, acaba por gerar a não ressocialização da pessoa apenada, mas a superlotação do sistema prisional, sendo que, tal aspecto poderia ser solucionado por outras esferas, inclusive de políticas públicas, que estão para além do Direito.

De contraplano, poderia o respeitável leitor argumentar da seguinte maneira: mas nada afirma que dentre os jurados não possa haver essa distância de classe social entre o acusado e o acusador e, conjuntamente, a veia punitivista que pulsa no imaginário de nossa sociedade brasileira, que, por um raciocínio que, às vezes, não permeia maiores complexidades, entende-se que quanto mais rígida a punição, mais escassa a criminalidade.

Correto o pensamento, todavia, conforme demonstrado na parte histórica, quanto mais democrática fora sociedade, mais diversa deve ser a composição de jurados, de modo que

ampliam-se as assimetrias ideológicas, origens de classes, grupos raciais, gêneros, dentre outros elementos que compõem a democracia social. De modo que não se torne um acórdão de uma classe sobre a outra.

Outro ponto é o possível recurso à sensibilidade humana que, eventualmente, as amarras e o compromisso com o tecnicismo jurídico impedem que o juiz de Direito (ou qualquer operador) dê sua apreciação para além da sapiência jurídica. Isso leva, ou pode levar, ilustrando, à não condenação daquele que, embora esteja cometendo o tipo penal que se enquadra (formal e materialmente) na lei de tráfico, não o condene, pois perceberá que de nada lhe servirá (nem à sociedade) as grades, mas sim a reeducação que o sistema carcerário está muito distante de resolver.

Em razão dos presentes argumentos, esta dissertação entende que seria favorável à pessoa acusada e à sociedade que não apenas o crime doloso contra a vida, mas outros delitos fossem pelo Tribunal do Júri julgados.

Após o discorrer acerca dos princípios a respeito do Tribunal do Júri, passa-se, então, à análise dos princípios presentes na Constituição Federal que proporcionem o acesso à Justiça ao Tribunal do Júri.

## CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE REGÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

### **2. Direito de defesa**

O presente capítulo se propõe a discorrer a respeito dos princípios de direitos fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição Federal, que embasam o Tribunal do Júri no Brasil: Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa, Acesso à Justiça e Assistência Judiciária Gratuita e Isonomia.

Todos esses princípios existem para garantir a dignidade da pessoa acusada, principalmente porque são corolários do devido processo legal, dos quais todos os outros manifestam-se corolários, principalmente o princípio da ampla defesa, foco da presente pesquisa.

Mas não se satisfaz a justiça em possibilitar o devido processo legal e a ampla defesa, esses princípios devem ser acessíveis à maioria da população brasileira, é necessário que façam jus ao acesso à Justiça, assistência jurídica integral e gratuita e ao princípio da igualdade.

Voltemos os olhos a cada um destes, com a necessária atenção.

## 2.1. Devido Processo Legal

Muito embora o tema da presente pesquisa se concentre no Direito à Defesa, tal aspecto não pode ser abordado sem antes entendermos onde essa garantia constitucional encontra suas raízes: no Princípio Constitucional do Devido Processo Legal. E, para abordarmos o princípio em questão, tomar-se-á por base a obra *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade: Ação Civil Pública – Ação Penal Pública*, do professor Motauciocchetti de Souza.

À luz dos ensinamentos do professor, de início faz-se mister voltar os olhos para a história para entendermos as origens do devido processo legal, e sua estreita relação com as bases do Estado de Direito.

De início, ousou afirmar que na obra *As Leis*, de Platão talvez seja a primeira vez que, mesmo sem receber a denominação de devido processo legal, a ideia central desse princípio tenha sido explanada. Pois o livro IX de Platão traz em suas linhas quais ações, na sociedade ateniense, levavam às sanções e de que maneira essas “penas” seriam aplicadas. Além disso, expõe, com a devida clareza, o conjunto de procedimentos pelos quais o acusado seria submetido, até o proferir da decisão final.

Já, de acordo com o professor Motauci, pode-se afirmar que o devido Processo Legal teve formalmente sua origem em 1215, na *Magna Charta Libertatum* que foi conquistada de um cunho elitista de senhores feudais, ante o Rei João Sem Terra.

De acordo com a história, o princípio foi acordo negociado entre as partes acima mencionadas, que assegurava aos proprietários rurais a inalienabilidade de seus bens, ou qualquer outro direito sem prévio julgamento legal. Diante disso, de acordo com o autor, salta aos olhos a marca do elitismo na utilização do latim nos vernáculos dos princípios. Sendo que, à maior parte da população, a mencionada língua era absolutamente inacessível.

Sendo assim, a emenda do art. 39 trazia a seguinte redação.

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outro fazê-lo, a não ser mediante legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei.

Assegurava aos barões e proprietários de terra a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e à propriedade, sendo certo que limitações somente poderiam ser impostas pelo direito comumente aceito e firmado em precedentes judiciais (princípios e costumes da *common law*) (MOTAURI, 2007, p. 58).

Prosseguindo com os olhares históricos, um dos conceitos que temos hoje de devido processo legal surge com a Carta Inglaterra, também conhecida como Carta de Direitos – ou Bill of Rights, em sua língua pátria –, no ano de 1689. Devido Processo Legal era como ocorria a “construção” legal, logo, o princípio se fazia respeitado quando oriundo da vontade do legislativo e devidamente votada por parlamentares. Se a maioria do legislativo aprovasse e a lei se estabelecesse, poder-se-ia afirmar que fora construída dentro do devido processo legal. Ressaltando, como de bom tom rememora o professor Motauri, na Inglaterra essa garantia fora uma vitória do parlamento sobre a monarquia, distintamente, em termos de origem e conceito, do que ocorrera nos Estados Unidos da América, como veremos abaixo.

Assim, nas colônias americanas, o devido processo legal apresenta-se como garantia oriunda da sociedade, sobre o Estado e contava com a supremacia da constituição, para proteger o princípio. Quanto ao conceito de devido processo legal, do prisma americano, o conceito se define como a supremacia da constituição, devidamente aplicada por juízes. Tendo origem na Declaração de Virgínia, ainda hoje o princípio é encontrado nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição.

Ainda de acordo com a obra, há intrincada relação, embora com origens distintas, entre o Devido Processo Legal e o Estado de Direito, pois o primeiro faz com que todas as outras garantias pertinentes ao segundo sejam não apenas dispostas em legislação como devidamente aplicadas em julgados. Dentre as garantias inerentes ao Estado de Direito que manifesta-se inoperável sem o devido processo legal, temos o direito à defesa, tema do presente capítulo e; igualdade entre as partes, tema do capítulo seguinte.

Assim, ao asseverar o princípio do devido processo legal ao Estado Democrático de Direito, protege outras garantias fundamentais, tal como as já mencionadas igualdade e ampla defesa, das instabilidades políticas, oriundas de colisões e modificações ideológicas presentes no cenário e nas mudanças dos ventos políticos. Assim, caso galgue ao poder uma maioria que, por razões diversas, propagam em face de direitos fundamentais, esses estão assegurados pela Constituição e, em se tratando da Constituição da República Federativa do Brasil, pelo art. 60, parágrafo único denominado cláusula pétrea.

Ainda, de acordo com o professor Motauri, o Devido Processo Legal se caracteriza-se pelo trinômio vida, liberdade e propriedade). Logo, os bens jurídicos que tenham alguma relação com esse trinômio são zelados pelo Devido Processo Legal.

Outra definição desuma relevância que o professor expressa em sua obra, citando a decisão do ministro Marco Celso Mello de medida de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.158/AM, de 19 de dezembro de 1994.

[...] deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade (MOTAURI, 2007, p. 69).

Prosseguindo, de acordo com o constitucionalista Frederico Marques

[...] quando se fala em ‘processo’, não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a **plenitude do direito de defesa**, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos processuais [grifo nosso] (SILVA, 2006, p. 435).

Já para o professor Alexandre de Moraes, em sua obra *Direitos humanos fundamentais*, o Devido Processo Legal pode ser conceituado como duplo zelo às garantias individuais, tanto no âmbito material quanto no formal. Pode-se afirmar que o segundo seria instrumento para a garantia do primeiro, pois, ao passo que esse invoca liberdade e propriedade, aquele refere-se à paridade de armas e plenitude de defesa. Percebe que, uma vez respeitado o Devido Processo Legal para que o direito à defesa seja gozado plenamente, em paridade de armas com Estado-persecutor, assegura-se o direito de que a liberdade não seja retirada do indivíduo de modo arbitrário.

O devido processo legal tem como corolário a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive nos militares (STF -2 T.-Agravo regimental em agravo de instrumento nº 142.847/SP –rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 5fe. 1993, p. 849) e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (Art. 5º, LV)(MORAES,1997, p. 255),

Ainda

Para a ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a conduta dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dá-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

A tutela judicial efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa, **pois não são mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um**

**rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão** [grifo nosso](MORAES, 1997, p. 256).

Além disso, deve a presente pesquisa ressaltar que, em termos de Devido Processo Legal, sob o âmbito do processo penal, temos o considerado Devido Processo Penal, que seria o processo penal submetido às normas do processo acusatório. Transferindo para realidade pátria, o nosso Código de Processo Penal, sob a égide da Constituição de 1988, isto é, sob os critérios do processo penal acusatório. Nesse, como bem afirma o artigo da *Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, “De Jure”, a natureza acusatória do processo vai além da separação das funções do juiz e do acusador, mas impõe a absoluta inércia do juiz, impedindo-o, principalmente, de ser o gestor das provas. Em razão disso, impõe-se a não aplicabilidade do art. 156, incisos I e II do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a Revista de Direito da Faculdade Guanambi publica artigo de José de Assis Santiago Neto, assegurando que está é traço distintivo entre processo acusatório e inquisitorial e, caso não respeitada, isto é, se competir ao juiz a condução da prova “teremos em um sistema inquisitorial e restará esfacelada a presunção de inocência”.

Para além desse raciocínio, segue Juan Montero Aroca, ao sequer considerar processo o sistema inquisitório, uma vez que, faz-se mister, para existir processo, três personagens atuando nos autos, sendo uma delas, a responsável pelo julgamento e, em razão disso, absolutamente imparcial.

Outrossim, o professor Rogério Lauria Tucci, em seu artigo publicado em revista da Universidade de São Paulo, “Devido Processo Penal e alguns dos seus mais importantes corolários” nos ensina que tal denominação é adequada, segundo rigorismo técnico, e, que se especificam nas seguintes garantias: acesso à justiça penal (direito à defesa), garantia da jurisdição penal, igualdade entre as partes, “da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado” (quanto ao indiciado, será tratado mais para frente com a merecida atenção, tal polêmico tema”; que sejam respeitados os princípios da publicidade, celeridade e motivação.

Ainda, bebendo da citação utilizada pelo doutrinador Lauria Tucci,

Claro está que la denominación de ‘penal’ adscripta a la garantía menta, por certo, el modo corriente com el cual se indica al derecho que em el processo respectivo se actúa. Este es, digamos así, el sentido más apropiado y riguroso de la denominación TUCCI, 1993).

Somando-se a isso, o doutrinador Antônio Scarance Fernandes, em sua obra *Processo Penal Constitucional*, ensina-nos, após longa abordagem das evoluções interpretativas do processo, a distinção entre o termo jurídico “devido processo legal” e “devido processo penal”.

Passo importante dado para alargar o universo das garantias individuais constitui na introdução, nas Constituições, em acréscimo às garantias explícitas, da garantia genérica do devido processo legal, posta como uma “garantia inominada”. Serve para que, por meio de construções doutrinárias e jurisprudências, se dê assento constitucional a garantias não expressas. O mesmo sucedeu entre nós com a Constituição de 1988; no art. 5, LIV, declarou que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Nesse quadro amplo insere-se o devido processo penal, que examina as mesmas garantias do devido processo legal em face do processo penal (FERNANDES, 2010, p. 44)

Desta feita, dentro de devido processo penal, abrange-se a ideia do respeito a tantos outros princípios, dentre eles o contraditório, tema do tópico abaixo.

## **2.2. Contraditório**

Não são poucas as interpretações a respeito desses dois distintos princípios. Algumas sequer distinguem um princípio do outro, outras os diferenciam das mais diversas formas. Não compete à presente pesquisa dissertar a respeito dessas distinções, mas sim eleger uma e com ela comungar. Ao passo que as tradicionais doutrinas entendem o direito ao contraditório como a participação da pessoa acusada no processo, a partir dos ensinamentos de Elio Fazzalari, pode-se entender o princípio como algo maior, como o do cidadão de litigar em paridade de armas com a acusação. Percebe-se, com isso, um direito além da simples informação, mas de reação, em simétrica paridade, nos vocábulos de Gonçalves.

O princípio do contraditório, devidamente previsto no art. 5º, inciso 55 da Constituição Federal, traz como premissa a ideia de que todo e qualquer ato no processo poderá ser contraposto pela parte contrária, na pessoa de seu causídico. Assim, trazendo para o processo penal, todos os meios de provas utilizados pela acusação serão devidamente informados ao réu para que esta possa se opor a esses atos. Para que isso ocorra, faz-se mister o respeito a dois elementos essenciais: igualdade entre as partes e direito a ser devidamente informado de todos (sem exceção) elementos que sejam juntados aos autos que caminhem em prol da persecução penal. Passemos a analisar esse último elemento, uma vez que o direito à igualdade será tema do próximo subcapítulo.

O direito a ser devidamente informado de todos os atos que ocorrem no processo se concretiza por meio do advogado de defesa, que tem o dever e o direito de ter acesso os autos quando bem quiser e, por conseguinte, o dever de informar ao seu patrocinado o que está havendo. Além disso, como detém o conhecimento técnico-jurídico, deve, assim que toma ciência da prova apontada em face de seu cliente, mostrar argumentos técnicos para apresentar a dialética dos fatos aos quais ela aponta.

Assim, de acordo com processualistas, tal como o já citado jurista Fazzalani, o ponto basilar que define o processo penal como um conjunto de procedimentos que visam estabelecer a democracia, não encontra seu esteio no princípio da jurisdição, do bem julgar, mas sim no princípio do contraditório. Para o jurista, a sentença deve ser baseada na dialética apresentada pela acusação e defesa. Salta aos olhos que, diante desse aspecto, não é suficiente o direito de resposta da defesa, mas necessita-se que essa resposta seja, deveras, levada em consideração por aquele que ocupa o poder judicante. Isso, obviamente, não significa que deva ser acatada, necessariamente, a tese defensiva em detrimento da versão acusatorial. Mas, certamente, que sejam levados em consideração e apreciados todos os elementos apontados pelo patrono do acusado.

Nesse aspecto, ressalta-se: o direito de audiência é um ato do processo existente principalmente para que o acusado possa apresentar a sua versão dos fatos (defesa pessoal positiva) ou manter-se silente (defesa pessoal negativa, ou direito ao silêncio) perante um juiz, para que este, por sua vez, atente-se e oferte o devido valor à versão do acusado.

Em razão disso, o termo “audiência” advém do latim “*audire*” (dar ouvidos), que, por sua vez, é fruto do direito ao contraditório. O sujeito de direitos, com seu depoimento, vai contradizer os indícios ali apresentados.

O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração peremptória) é ato imprescindível para um mínimo de configurações acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.

Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio está atrelado ao direito de audiência, no qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sobre pena de parcialidade. Para W. Goldschmidt, também serve para justificar a face igualitária da justiça, pois “*quien preta audiencia a uma parte, igual favor deve a la outra*”

O juiz deve dar “ouvida” a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do “processo como jogo”, das chances estratégias que as partes

podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a “oportunidade de fala”. Ou seja, o contraditório é observação do quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade (LOPES JR., 2015 p. 94).

Outrossim, no que compete ao Tribunal do Júri, o direito ao contraditório também se apresenta de modo muito peculiar ao longo dos debates em plenário, uma vez que, as testemunhas, que são as provas apresentadas pela acusação e defesa são contraditadas oralmente e diante daqueles que, distintamente do magistrado que está acostumado. Para tal, mais do que nos casos julgados em varas singulares (ou tanto quanto), a linguagem é de extrema relevância.

Além do mais, temos que lembrar que, via de regra, a autoria dos crimes dolosos contra a vida são apontados por testemunhas, diretas ou indiretas. E o não exercício do contraditório de forma elementar pode fazer com que jurados se deixem “convencer” por discursos proferidos com má-fé, ou até mesmo involuntariamente, permeados por falsas memórias, que trazem prejuízos não só à pessoa acusada como também ao Estado Democrático de Direito e a toda a sociedade que anseia e necessita de probidade jurídica para melhor harmonização.

Já a obra *O português*, para convencer, em segundo capítulo, “O Direito como linguagem”, assegura que os fatos trazidos aos autos são compostos da narrativa de ambas as partes (defesa e acusação), devidamente tipificados em leis penais – recortando para o tema da presente pesquisa – o que leva ao fato criminoso. Dessa forma, o acusador buscará a percussão penal, ao passo que o réu, contradizendo os fatos apresentados, milita em prol de negar o apresentado pelo representante do Ministério Público. “A simples rememoração desses princípios elementares da teoria do processo mostra que a afirmativa ‘tudo no Direito é linguagem’ é verdadeira e decisiva para o bom exercício profissional.”

E, para o autor, é por meio do domínio da linguagem que o causídico conseguirá exercer o contraditório.

Todas as possibilidades –virtualmente ilimitadas –o que o advogado tem de usar o bom texto a seu favor, explicando, narrando os fatos, argumentando e convencendo, podem também ser utilizadas pelo adversário – no caso da pesquisa em questão, Ministério Público. O processo judicial é sempre uma via de mão dupla, pois é a essência do sistema o princípio de contraditório: ambos os lados falarão e terão a chance de rebater os argumentos um do outro (MORENO; MARTINS, 2006, p. 25).

Essa escorreta utilização da linguagem, em fase de inquirição de testemunhas em plenário do júri é de suma imprescindibilidade para o alcançar do bom exercício do contraditório.

Outrossim, importante ressaltar que o contraditório é um princípio que, como já dito, leva à dialética processual que desaguará na sentença. E, diante disso, a presente pesquisa comunga com o pensamento do professor doutor Aury Lopes Jr., considera a função do juiz (e, em se tratando do plenário do júri) expectador do processo. E, diante disso, apenas compete esclarecer eventuais pontos controvertidos com a prova testemunhal, mas jamais interrogá-la. Pois, caso contrário, poderá auxiliar no exercício do contraditório, que deve ser exercido único e exclusivamente pelas partes.

Nesse sentido também afirma o autor Igor Alves Noberto Soares, que, de modo contrário, entende tal norma.

A partir do enfrentamento de Rosemiro Pereira Leal, assumida em nosso trabalho, a produção da prova é destinada à formação da estrutura do procedimento para que, em um espaço dialógico apto ao exercício do contraditório, o pronunciamento decisório possa se construir. Nesse aspecto, o juiz é agente público estatal devidamente aprovado em concurso público e investido na função para o ideal exercício da jurisdição, cuja função o distancia como parte ou terceiro interessado com a missão de sustentar suas alegações, restando vedada a possibilidade de se envolver diretamente como acusação ou defesa (ou julga, ou é parte) e a consequente produção de prova.

A partir dessa identificação processual, reputado como pensamento livre das compreensões autoritárias às quais permeiam alguns dos institutos insculpidos no Código de Processo Penal, merecem destaque as considerações de Leonardo Augusto Marinho Marques ao entender que, no paradigma jurídico-constitucional de Estado Democrático de Direito, o juiz não é mero espectador, mas também não se admite o juiz como instrutor. Assim, “o magistrado não produzirá prova de ofício”, já que a iniciativa probatória “é atribuição da acusação e da defesa. Mas, como sujeito do conhecimento, o julgador participará da instrução, interagindo com a prova proposta, de forma subsidiária e complementar à atuação das partes (SOARES, 2016, p. 148)

Ainda, de acordo com Aury

[...] Caberá às partes interessadas na produção da prova efetivamente produzi-la sendo o juiz – nesse momento – o fiscalizador do ato, filtrando as perguntas ofensivas, sem relação com o caso penal, indutivas ou que já tenham sido respondidas pela testemunha. Após, caberá à outra parte fazer suas perguntas. O juiz, como regra, questionará ao final, perguntando apenas sobre os pontos relevantes não esclarecidos. É claramente, uma função completiva, e não mais de protagonismo (LOPES JR., 2015, p. 92).

E também

Sem embargo, tal cenário está muito longe de colocar o juiz como uma “samambaia” na sala de audiência, como chegaram a afirmar maldosamente alguns, no pós-reforma, demonstrando a virulência típica daqueles adeptos da cultura inquisitória e resistentes à mudança alinhada ao sistema constitucional acusatório. Nada disso (LOPES JR., 2015, p. 95).

Esse posicionamento, adotado inclusive pela reforma do Processo Penal de 2008, mostra-se de suma importância à manutenção do direito ao contraditório, pois, se o juiz

interroga à testemunha estará pendendo (auxiliando) alguma das partes, maculando, dessa forma, o direito à igualdade, requisito, como já dito, para o exercício do contraditório.

Desta feita, passemos à análise de outro princípio do devido processo legal, sustentáculo para o Tribunal do Júri e, a continuidade do direito ao contraditório: a ampla defesa.

### **2.3. Ampla defesa**

A presente pesquisa se propõe a não apenas conceituar o direito à defesa, mas também a ventilar o seguinte questionamento: quão respeitado, ou não, esse direito tem sido? Temos vislumbrado a efetividade desse direito a todos ou, às camadas hipossuficientes, essa garantia é violada? Bastama presença física e a assinatura do causídico para que se possa afirmar que o art. 5º LV da Constituição fora, de fato, atendido?

O princípio da ampla defesa traz em seu vocábulo a origem do latim *defensa*, conceituando-se como forma de repelir um ataque. Transportando esse quesito ao universo jurídico, pode-se afirmar que se trata da contraposição do pedido punitivo realizado pelo *parquet*.

Nesse sentido, corolário do Devido Processo Legal, o princípio em tela pode ser considerado o cerne do Estado Democrático de Direito, pelo qual nenhum cidadão acusado será julgado sem o direito a contradizer as acusações, advindas do titular da ação penal, que lhe recaem. Esse contradizer se realiza por meio de um técnico que milite em paridade de armas com a acusação, homenageando, dessa forma, o princípio da igualdade processual, o advogado. Além disso, o acusado goza da autodefesa (ou defesa pessoal) que será objeto de estudo mais adiante, nesta mesma apresentação. Neste ponto, antes de adentrarmos os meandros desse princípio constitucional, faz-se mister nos debruçarmos, brevemente, na historicidade de tal garantia, que, por sua vez, caminha em comunhão com o progredir do Estado Democrático de Direito. Voltemos os olhos para a História.

O Direito Canônico, até meados do século XII, trazia em seu bojo o Processo Acusatório, de modo que o direito à defesa era muito bem preservado no Livro II das chamadas Decretais de Gregório IX.

O procedimento trazia garantia de defesa ao demandado... O exercício de defesa, pelas características do procedimento, era preservado. As partes podiam provar suas alegações utilizando vários meios: testemunhas, documentos, perícias, inspeções judiciais (GEORGIO, 1994, p. 57).

Entretanto, mudanças retrógradas atingiram o processo a partir do século XIII em diante, estabeleceu-se o sistema inquisitivo, preterindo, com isso, o tão fundamental direito à defesa, dentre tantos outros direitos da pessoa acusada.

A acusação fora abolida nos crimes de ação penal pública. Abolida, também fora a publicidade do processo. O Juiz procedia *ex officio* em segredo. Os depoimentos das testemunhas eram tomados secretamente. O interrogatório do imputado era precedido ou seguido de torturas. Regulamentou-se a tortura: “deve cessar quando o imputado expresse a vontade de confessar. Se confessa durante os tormentos e, para que a confissão seja válida, deve ser confirmada no dia seguinte (SOARES, 2016, p. 50).

Assim, tal modelo tornou-se arma de dominação política e contaminou as legislações ainda laicas da Europa.

Já a partir do século XVIII, marcado pelos pensamentos iluministas que, evidentemente, exerceram completa influência no Direito Penal, o filósofo conde Cesare Beccaria merece todo destaque, com sua obra que, ineditamente, trouxe a visão do acusado como um ser digno e que jamais perde sua condição humana, independentemente do crime cometido. E um dos aspectos inerentes à preservação da humanidade é o direito de ser bem acusado. Isto é, o direito de poder reagir e contradizer a cada acusação.

Não obstante, distintamente de considerar o aspecto individual do direito à defesa, o conde referiu-se no sentido de ser uma garantia à sociedade. Assim, o direito de punir deve ser exercido de modo proporcional, e não injusto, cruel e desmedido por ser um direito de defesa da sociedade ao delito cometido. Com essa visão, tantas outras garantias fundamentais foram objeto de militância nessa obra.

Com o surgir desses ideários, com advento das revoluções burguesas conseguiu-se, por meio da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o direito à defesa como algo obrigatório a processo penal acusatório. Com esse direito, incluiu-se a garantia do defensor de exercer a defesa com total liberdade em seu ofício. O legado que tiramos disso, como será visto adiante, são as prerrogativas do defensor, tão presentes no nosso ordenamento jurídico.

Voltando os olhos para a nossa pátria, rememoraremos que as questões processuais eram reguladas nas diversas ordenações que tivemos no período colonial, ou seja, as Ordenações do Reino de Portugal. Foram elas: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Em todas, por sofrerem direta influência do sistema inquisitorial, não havia garantias à pessoa acusada, muito menos direito à defesa. Já na era pós-independência, na Constituição Imperial, em 1828, com fulcro na Lei 23.09.1828, mencionou-se, pela primeira vez, a proteção, mas ainda com o termo, e a possibilidade de defesa. Ressalta-se o fato de que, mesmo com tintas iluministas, a

Constituinte não ousou nomear de direito à defesa, o que, sem dúvida, demonstra timidez nos avanços em garantias da pessoa acusada.

A primeira Constituição que, de forma clara e expressa, concretizou o direito à defesa foi arepublicana, considerando tal direito como integrante do rol das garantias fundamentais. Todas as outras Cartas Constitucionais seguiram esse mesmo ditame. Vejamos, agora, como tal direito se encontra na nossa atual Constituição Cidadã.

### **2.3.1. Direito à defesa pessoal**

Nesse ponto, ao acusado é facultado o direito de renegar as acusações imputadas a ele. Deixemos claro que, por questões óbvias, as alegações do acusado serão de ordem fática, e não jurídicas, cabendo a ele negar, ou afirmar, ou se manter silente diante das acusações.

Ao negar, argumentar contrariamente, o acusado exerce o direito à defesa pessoal positiva, ele age repelindo, assim, as acusações. Ao manter-se em silêncio, ele goza do direito que leva o nome de direito ao silêncio, como será visto.

Já o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXIII da Constituição da República Federativa do Brasil, é também denominado defesa pessoal negativa, fruto do princípio da ampla defesa, *nemo tenetur detegere*, isto é, ninguém será obrigado a constituir provas contra si. O instituto se fez presente, inicialmente, na 5ª Emenda da Constituição Americana, momento de suma importância ao instituto, e em outras fontes primordiais ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, tal como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana dos Direitos Humanos.

A origem dessa garantia advém do período iluminista, no qual os direitos fundamentais se fizeram presentes no Direito Penal. Até então, durante a Idade Média vigia o *res tenetur se detegere*, com base na crença de que deveria o acusado despir-se de seus pecados através da confissão da verdade.

É relevante pensarmos, a partir disso, na relação entre moral, Direito Penal e verdade. Três vertentes que, quando juntas remetem ao período inquisitório da História e, por conseguinte, do processo penal.

O réu, ao optar por gozar do instituto da confissão em vez do direito ao silêncio, postura muito vista na prática forense, está escolhendo corresponder aos valores morais internos e

externos. Pois bem, a honestidade, o compromisso com a verdade e a posturade arcar com as atitudes que toma ao longo da vida, sem dúvida, são características louváveis e honrosas. Porém não compete ao Direito Processual Penal regular ou privilegiar a moral, e sim as garantias fundamentais. Assim, a ampla defesa proporciona ao réu o direito, até mesmo, de faltar com a verdade em relação ao objeto do interrogatório, sem que isso deva ser analisado pelo prisma da moral: “Optando o réu por confessar, afirmando inverdades ou mesmo se calando, ofertará ao juiz elementos instrutórios, seja sobre seu caráter e personalidade, seja sobre os fatos apurados, (quando não se cala) [...]” (TRISTÃO, 2008, p. 100).

Com a devida vênia à tese na qual a pesquisa, inclusive, debruça seus estudos, ousa-se discordar do pequeno trecho destacado, pois entende-se que caráter, embora valor de indiscutível relevância, não diz respeito ao processo penal. Pois, reafirma-se, qualquer valor moral não deve ser régua em um sistema acusatório, tampouco influir no convencimento jurisdicional. Faz-se mister, aqui, afirmar que tal posicionamento vale especificamente para a linha processual penal, não servindo para outros ramos do Direito. Assim ocorre, pois, o processo penal deve ser instrumento de garantias fundamentais por ser nada menos do que a liberdade da pessoa acusada a ser discutida nos autos.

Do mesmo modo, não se pode admitir em um Estado de Direito que o acusado seja fonte de provas contra si, por isso questiona-se a legitimidade do teste de DNA colhido forçosamente do corpo do réu para a identificação de determinado crime. Do mesmo modo, a obrigatoriedade do teste de bafômetro. Os dois exemplos citados demonstram estar presentes entre a sistemática jurídica processual penal e as garantias fundamentais.

Outro desencontro que salta aos olhos manifesta-se entre o art. 198 do Código de Processo Penal e o art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, uma vez que, ou o Estado garante um direito fundamental ao acusado e o deixa gozá-lo sem ônus e danos, ou permite que o exercício dessa garantia possa ser utilizado para fundamentar a própria condenação. “**Art. 198** O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elementos para a formação do convencimento do juiz.”

Apesar de alguns autores afirmarem a possibilidade de recepcionar o art. 198 do Código de Processo Penal de forma mais condizente com o atual sistema constitucional, a presente pesquisa advoga no sentido de que todo e qualquer artigo que vá de encontro com os direitos fundamentais carrega a mácula da inconstitucionalidade material. E, em razão disso, não devem ser aplicados. Todavia, o Supremo Tribunal Federal entende que deve haver nulidade apenas

aos casos de reais prejuízos à pessoa acusada. Isto é, apenas se houver distorção e uso *emmalam partem* será passível o instituto de nulidade.

Além do princípio da ampla defesa e do contraditório, o instituto do direito ao silêncio tem como corolário outras garantias, como o devido processo legal e a não culpabilidade.

Por fim, conclui-se que o direito ao silêncio é um marco no avanço democrático do processo penal, pois possibilita que o réu não produza provas contra si; ao passo que a confissão, e todos os outros mecanismos que utilizam o acusado como fonte probatória no processo no qual ocupa lugar de réu, demonstra os ranços inquisitoriais nos quais o Código de Processo Penal finca suas raízes. Ambos, porém, pertencem a um espectro maior, a ampla defesa.

A defesa técnica, precedida por causídico, será objeto de explanação a seguir.

### **2.3.2. As prerrogativas da defesa ou do defensor**

A profissão de causídico é regulada pela Lei n. 8.906, de 4-7-1994, conhecida como Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. E, como nos ensina Rudolf Von Ihering em sua clássica obra *A luta pelo Direito*, a defesa deve ocorrer independentemente do montante da lide e da personalidade humana, pois, quando um direito é mitigado, viola-se não apenas aquele bem em si, mas a essência do titular daquela garantia. Isso, sem sombra de dúvidas, aplica-se aos mais diversos ramos do Direito, mas, certamente, ao direito criminal, pela severidade do bem que está sob risco.

Além de ser um defensor da parte – e de valores essenciais à personalidade desta – cabe ao defensor a função de patrono de um bem maior, o Estado Democrático de Direito. Ao efetivar o direito à defesa, e, por conseguinte, o devido processo legal, protege-se, acima de tudo, a democracia, aplicando suas premissas fundamentais. Eis, em razão disso, as prerrogativas.

A primeira prerrogativa que devemos ressaltar quando pensamos na profissão de advogado é que, para que sua profissão possa ser exercida de forma plena, não pode haver hierarquia entre os atores do processo: advogado, juiz e promotor, pois esses apenas ocupam funções distintas, não havendo chefia entre as funções. Todas se complementam em prol da justiça. Assim, mesmo em se tratando do juiz, esse está acima das partes no sentido de estar lá para decidir o pedido de qual delas prevalecerá, e no sentido de ter como principal função o zelo ao processo; logo está acima processualmente, mas não em termos hierárquicos. Outras prerrogativas encontramos no art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

## Art. 7º

I –exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional.

II –ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB.

III –comunicar-se com seus clientes, pessoalmente reservadamente, mesmo sem procuração quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

IV – ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.

#### a) Casos de violação desse estatuto

Muito embora o estatuto do advogado manifeste-se eloquente quanto às prerrogativas da classe, não raras vezes percebemos a violação dessas premissas. Ilustrando, a violação que sofrera a Dra. Valéria Lúcia dos Santos, que chegou ao ponto de ser presa e, de modo forçoso, posta ao chão sem sequer a presença de um delegado da OAB, em plena audiência.

Outro ponto que deve ser ressaltado é a dificuldade que muitos dos causídicos enfrentam para ficar a sós com seu cliente, seja em sede de delegacia, seja dentro do sistema carcerário, o que, sem sombra de dúvidas, viola o direito à defesa técnica, uma vez que não há liberdade plena de comunicação entre o patrono e seu cliente.

Percebe-se, nessas casuísticas, o gravame que o Estado Democrático de Direito sofre a partir do momento em que advogados são violados em seus direitos de livre exercício da profissão. Pois essa consiste na chave essencial para a garantia do acesso à Justiça, fundamental em uma sociedade iluminista.

A partir do presente ponto da pesquisa é possível concluir que, para que se possa, de fato, preservar um Estado Democrático de Direito não basta que garantias fundamentais estejam elencadas e codificadas em dispositivos legais. Faz-se mister a aplicação e o controle rígido no que tange à efetividade dessas garantias. O que muitas vezes não ocorre.

O direito à defesa, muito embora se manifeste medular em uma sociedade democrática, não é raro que se faça alegórico, por ser exercido de modo formal, em vez de efetivo. Mesmo

causídicos, que deveriam ser os primeiros a militar pela efetividade desse direito, praticam violações ao tratarem os seus respectivos processos com parca efetividade.

Além disso, e retirando, e muito, da culpabilidade individual dos advogados, temos um Estado omissivo no que diz respeito à garantia do acesso à Justiça, não implementando a Defensoria Pública em todos os Estados, como obriga a Constituição Federal.

Por fim, o advogado é peça essencial na defesa da democracia, por isso é importantíssimo um severo controle da não violação de suas garantias, pois, quando o são, o maior atingido é Estado Democrático de Direito. Todavia, voltemos os olhos à compreensão de como se faz acessível o gozo do direito à defesa de modo isonômico.

#### **2.4.O acesso à Justiça e à assistência judiciária integral**

Após a discussão a respeito da importância da ampla defesa para o Estado Democrático de Direito, tratemos agora do acesso à Justiça.

No presente subtópico será tratada a questão do princípio constitucional do acesso à Justiça em relação ao direito à defesa. Em pormenores, a presente pesquisa se propõe a questionar o fato de que não basta o dispositivo legal constitucional – o direito à defesa – se o cidadão não tiver o processo como instrumento de acesso a esse direito.

Por força do art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, todo e qualquer cidadão possui o direito de entrar com ação judicial pleiteando determinado direito, ou seja, o direito de todo e qualquer cidadão ter um pedido seu pleiteado diante do Judiciário e tê-lo devidamente analisado por essa instituição, e, do mesmo modo, ter o seu direito (inclusive a liberdade, em se tratando da seara penal) protegidos. Essa segurança jurídica impede que uma garantia seja alijada, ou por outrem, ou pelo Estado, sem o devido processo legal. Dentro do acesso à Justiça, temos o foco do presente capítulo, o direito à defesa.

O art. 5º, inciso XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (SILVA, 2015, p. 434).

Ainda nesse sentido, Liebman afirma,

O poder de agir em juízo e defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos (brasileiros) e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos LIEBMAN, 1973).

Destarte, no presente tópico beberemos, principalmente, dos ensinamentos do professor Marco Antônio Marques da Silva, em sua obra *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. E salta aos olhos como a evolução da garantia fundamental, o acesso à Justiça confunde-se com o advento do ideal igualdade.

Primeiramente, o autor relaciona o conceito de acesso à Justiça com a construção de Estado Democrático de Direito, passando, dessa forma, por mudanças de acordo com as concepções ideológicas apresentadas. A partir disso, mostra-nos a historicidade da questão em tela.

O conceito de acesso à Justiça surgiu dentro do Estado liberal, logo o modelo que dispunha os direitos e avocava ao indivíduo as conquistas de cada garantia. Dessa forma, tornava-se uma conquista (ou impossibilidade) particular o acesso à Justiça, competindo ao Estado apenas assegurá-lo formalmente.

Logo, qual era o critério para o gozo ou não de determinado direito? A realidade material na qual o indivíduo estava inserido. Apenas isso.

O acesso à justiça, assim como os demais direitos individuais formalmente assegurados, somente poderia ser obtido por aqueles cidadãos que tivessem condições materiais de fazê-lo. Aquelles que fossem privados de recursos materiais eram deixados à própria sorte, já que, formalmente, tinham as mesmas possibilidades de recorrer à justiça. O acesso à justiça, assim como a igualdade eram apenas formais e não efetivos (SILVA, 2015, p. 75).

Como já debatido a respeito do princípio da isonomia, igualar formalmente condições materialmente desiguais agrava a dificuldade do cidadão vulnerável para usufruir de determinado direito. Assim, muito embora em termos de disposição legal haja determinada garantia de direitos, em termos reais, tal garantia torna-se inócua à grande parcela da população.

Ainda nos ensinamentos do professor Marco Antonio Marques, pode-se verificar, ao longo da história, como a sociedade (e o aumento da consciência da condição de miserabilidade) respondeu a esse ideal liberal de que basta ao Estado dispor determinado direito, sem proporcionar a viabilidade de seu desfrute. Trata-se da passagem do Estado liberal para o Estado democrático. Àquele bastava não negar, a esse faz-se mister dispor de mecanismos para tornar efetivo o direito. Mas essa passagem não correu de forma assim tão célere, nem de forma linear.

Assim, aos términos do século XIX, as condições de penúria da população europeia (França, Grã-Bretanha e Alemanha) e, seguidamente Estados Unidos da América, atingiram níveis extremos, por uma realidade não distinta da que o Brasil vivencia no ano em que a presente dissertação é escrita: a força de trabalho humana vê-se substituída por máquinas. O mundo estava, na passagem do século XIX para o XX, adentrando o sistema capitalista industrial. Além disso, concomitantemente (e em resposta a essa condição de miserabilidade) manaram-se as ideias de consciência de classe e lutas operárias, insurgidas (ao menos no plano teórico) por meio do *Manifesto comunista*, de Marx e Engels, publicado em janeiro de 1848.

Outrossim, apresentava-se cenário envolvendo trabalho infantil (é preciso deixar claro que à época não havia esse conceito que temos hoje), jornada estafante de mais de dezoito horas por dia e em condições absolutamente insalubres.

A crítica revolucionária do *Manifesto Comunista* de Marx e Engels, publicado em janeiro de 1848, pregava a extinção das classes, da propriedade privada, dos meios de produção e do próprio Estado burguês. A partir destas críticas, surgiram as bases teóricas de uma nova concepção de sociedade e de Estado. Outros documentos surgiram pregando a nova ordem, como por exemplo a encíclica do Papa Leão XIII, *Rerum Novarum*, 1891. O principal documento, entretanto, que assegurou direitos fundamentais, no âmbito constitucional, foi a Constituição francesa de 1848, consagrando direitos econômicos e sociais, contendo, no preâmbulo, um capítulo dedicado aos direitos por ela garantidos (MARQUES, 1963, p. 76).

Assim, com os famélicos, de um lado, e teóricos, do outro, pensando, por meio de ideias sobre como modificar esse cenário de mazelas sociais, percebeu-se que os direitos apenas seriam efetivados se o acesso à Justiça fosse possível. Isto é, o Estado deve proporcionar meios para que o cidadão defenda seus direitos, inclusive o direito à defesa.

Como visto anteriormente, a busca por instrumentos jurídicos específicos que garantam ao cidadão o acesso à justiça somente ocorreu a partir do momento em que houve uma reação dos indivíduos às estruturas políticas dos Estados. O direito é assim sempre impregnado de conteúdo ideológico e de significação política. Nesse contexto, o processo é a ponte por excelência entre o cidadão e o poder jurisdicional, ainda que seja mostrado como um instrumento técnico aparentemente neutro, sofre e se modifica, como todo o resto do direito, de acordo com as modificações políticas e até mesmo econômicas que ocorrem na sociedade (MARQUES, 1963, p. 76).

Desse modo, a transformação da ideia de Estado manifesta-se intrinsecamente relacionada à transformação de processo, tornando-o, então, não apenas (ou não mais) instrumento para ser utilizado em face dos direitos do cidadão, mas sim em prol desses direitos. Inclusive na esfera criminal, em que o processo perde a sua característica inquisitorial e toma uma carga protetiva ao cidadão acusado, recebendo denominação de processo acusatorial, base e pilar de todo Estado Democrático de Direito.

Assim, a pessoa acusada não poderia mais ser alijada de sua liberdade, ou de seus bens, sem passar pelo crivo e pela proteção do devido processo legal, no qual necessariamente seriam aferidos direitos fundamentais e constitucionais, tais como direito ao juiz natural, direito à prova e, o foco do nosso trabalho, direito à defesa efetiva e plena.

Esse é o conceito de acesso à Justiça no campo processual penal. A garantia fundamental de que o direito penal material não será utilizado sem passar pelo processo penal, que, por sua vez, deve ir muito além dos objetivos persecutórios e passar à finalidade protetiva. Dentre essas finalidades está o respeito ao princípio do direito à defesa.

Porém um olhar menos desatento e disposto a beber dos aprendizados históricos nos mostra que não, para o cidadão, principalmente o vulnerável, a mera disposição da garantia fundamental no texto legal nada garante. Em razão disso, é imprescindível que o Estado, por meio de políticas públicas, faça com que aquele direito seja efetivado a todo e qualquer cidadão.

Portanto, como bem afirma o professor Marco Antônio, o processo penal não pode ser visto de forma alheia às escolhas e situações políticas em que o Estado se encontra. Por isso, voltando os olhos para o Processo Penal Brasileiro, temos a seguinte realidade: até a Constituição de 1988, o ordenamento processual tinha raízes absolutamente fascistas (no sentido histórico do termo), o Código Criminal, ainda vigente, fora instituindo em 1941, período totalitário do nosso País, em que, inclusive na exposição de motivos, é possível encontrar menção a Manzini, notório jurista italiano de pendor declaradamente aliado ao fascismo italiano.

Por isso, o que temos hoje no atual Código Criminal em hipótese alguma pode ser dissociado do período em que fora outorgado, e, por conseguinte, encontram-se nele diversos dispositivos legais de raízes inquisitoriais e incompatíveis com os valores democráticos presentes na Constituição de 1988. Por isso, a análise mais progressista da norma nos leva a tornar inconstitucionais, portanto não aplicáveis, dispositivos dessa natureza. Todavia, esse pensamento encontra dissenso tanto na esfera jurisprudencial como doutrinária.

Todavia, independentemente das diversas posturas ideológicas e técnicas (se é que ambas se separam) utilizadas ao se pensar em processo, de um ponto a presente pesquisa pretende partir, apoiada em doutrinadores do cabedal do professor Marco Antônio, manifesta-se inegável a relação estreita entre processo, inclusive penal, e o momento político e a visão ideológica dos detentores do poder. Portanto inexistente a possibilidade de neutralidade. Porém, a

sociedade brasileira, em razão de todo um processo histórico, ainda não conseguiu a real e efetiva participação e ser receptora de direitos dentro da esfera jurídica. Talvez, por isso, eis a imprescindibilidade da participação popular no Tribunal do Júri, como já fora exposto em capítulo anterior.

A organização da Justiça no Brasil, apesar da dimensão dos conflitos sociais e existentes ainda é a mesma pensada para a solução de conflitos de dimensões individuais, com um caráter marcadamente liberal. Há uma defasagem entre a realidade da sociedade e sua dinâmica e a estrutura do poder judiciário.

O povo brasileiro é, como demonstrado anteriormente, um povo que jamais teve condições reais de se organizar e mobilizar para obter **o direito que poderia ter sido a porta para a conquista de outros direitos: o direito de acesso à justiça** (Grifo nosso) (MARQUES, 1963, p. 82).

Eis um aspecto, todavia, oriundo de um pensamento liberal que ainda paira na sociedade brasileira: o acesso à Justiça, embora sempre tenha sido presente na história das legislações, possuía caráter de garantia individual, porém como alguém considerado vulnerável terá o gozo de um direito individual se políticas públicas não se mobilizarem nesse sentido?

Outrossim, esse aspecto agrava a dupla vulnerabilidade presente no processo penal ao se tratar da classe hipossuficiente que, em razão da criminalização secundária, ocupa o maior espaço nos bancos dos réus. Todavia, por uma ironia politicamente proposital, é a classe que ocupa os bancos dos réus como maioria, torna-se minoria a constituir advogados que assegurem as condições de paridades de armas com os representantes do Ministério Público.

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes.

[...]

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais. b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com a qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se autorrealiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível (ZAFFARONI, 2011, p. 46).

Assim, essas pessoas mais vulneráveis são as mais prejudicadas pela ausência do Estado no que tange ao efetivo acesso à Justiça.

Além disso, o professor Marques afirma o quanto essa ausência de acesso, no âmbito penal, manifesta-se mais relevante do que em outras esferas. De modo oposto não poderia ser imaginado, uma vez que, distintamente da seara cível do Direito, a partir do momento em que se é acusado de determinado delito, via de regra, há a possibilidade de retirar um dos bens mais importantes ao ser humano, aliberdade.

Para que tenhamos a proteção à liberdade daqueles desprovidos de condições para arcar com honorários advocatícios, faz-se necessário outro princípio, corolário do acesso à Justiça, a assistência judiciária integral e gratuita.

Ainda, o presente tópico da dissertação se propõe a discorrer a respeito da Assistência Judiciária Integral e da relação com o direito à defesa. Neste momento, voltaremos os olhos aos vulneráveis e tentaremos entender como a classe mais criminalizada consegue ter acesso à defesa integral e gratuita.

Após esse tópico, passaremos a analisar a paridade de armas entre a acusação e a defesa no Tribunal do Júri, questionando se, de fato, o direito à defesa se manifesta acessível aos mais vulneráveis quando acusados de crimes dolosos contra a vida.

Assegura nosso ordenamento jurídico a defesa técnica, muito embora seja um direito da pessoa acusada, por questões de ordem econômica, não é acessível a todos. Portanto, o artigo 133 da Constituição Federal afirma que, sendo indisponível a presença do advogado ao longo do processo penal, combinado com o art. 134 da Lei Maior, o acesso à defensoria daqueles que não podem arcar com honorários advocatícios.

Assim, sabe-se que, com a ausência do Estado avocando a responsabilidade de patrocinar o acesso à Justiça, faz-se presente o provérbio latino “*Cura pauperibus clausa est*”, ou em vernáculo pátrio, “O tribunal está fechado para os pobres”.

A assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos vem configurada, relevantemente, com direito individual no art. 5º, LXXIV. Sua eficácia e efetiva aplicação, como outras prestações estatais, constituirão um meio de realizar o princípio da **igualização** das condições dos desiguais perante a Justiça [grifo nosso].

Ainda

Nesse sentido é justo reconhecer que a Constituição deu um passo importante, prevendo, em seu art. 134, a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional, à qual cabe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de

forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição.

Destarte, manifesta-se de suma importância observar os princípios que a Constituição adotou para dispor a respeito da Defensoria Pública. Para tal, seguíamos no magistério do professor José Afonso da Silva.

Por força do autor, a Emenda Constitucional fez com que a Defensoria Pública se acercasse do órgão, aparentemente oposto (mas só aparentemente, como será abordado em último item), Ministério Público. Desse modo, dispõe a defensoria em cabedal de perpetuidade e imprescindibilidade à função do Estado. Somando-se a isso, especificaram princípios institucionais, tais como: unidade, indivisibilidade, independência funcional, assim como o *parquet*. Voltemo-nos ao princípio da indivisibilidade, ponto que interessa à presente pesquisa, para que possamos discorrer a respeito de como se apresenta em relação à paridade de armas.

O princípio da indivisibilidade pode ser conceituado com a não vinculação entre o defensor público que atua em determinado processo e os autos em si, de modo que, a partir do momento que o profissional protocola sua peça no processo, está avocando à defesa não a si, mas à instituição Defensoria Pública. Logo, o advogado público dos autos pode ser substituído por outrem, obviamente da mesma instituição, conforme disponibilidade e disposição interna.

Ousa a presente pesquisa questionar o quanto tal aspecto não influencia negativamente no direito à defesa técnica da pessoa acusada, uma vez que, faz – se notória a necessidade de estudo aprimorado do caso, individualmente, para que a defesa possa se mostrar efetiva, uma vez que, o advogado que realizou a primeira peça processual ao processo, não necessariamente será o mesmo a realizar o plenário do júri, perdendo, em razão disso, a visão linear dos autos.

Além disso, população vulnerável que busca acesso à assistência judiciária gratuita, não necessariamente será atendida (por telefone ou mesmo presencialmente) pelo mesmo profissional que foi, ou será responsável por sua defesa, uma vez que, como mencionado, a “advogada” da parte é a instituição Defensoria Pública, não individualmente, ou a profissional, além das estafantes filas que são obrigados a enfrentar para conseguir esse contato. Aqueles acusados que respondem em prisão preventiva seus processos, também não têm contato com o defensor que vai defendê-los, mas sim, com algum outro profissional, também defensor, que realiza a diligência até o sistema prisional.

Esse aspecto, certamente, leva à insegurança da pessoa acusada, que sequer sabe quem é seu advogado. Não raras vezes, esse contato ocorre alguns minutos antes de atos essenciais

no processo, como o plenário do júri e a audiência de instrução e julgamento. Nesse breve contato, o causídico alinhará a narrativa com a pessoa acusada, definindo, inclusive, o que será dito em defesa pessoal (positiva e negativa) dentre outros detalhes.

Evidentemente que a presente pesquisa não ousa ignorar o clássico brocado jurídico que afirma “*non quod est in actis non est in mundo*” (“fora dos autos, fora da vida”), de modo que, as teses defensivas concentram-se em contradizer as provas apresentadas nos autos. Mas, inegavelmente, o contato pessoal entre o defensor e a pessoa acusada auxilia, e muito, na elaboração e efetivação da tese defensiva.

Outrossim, não se pode olvidar que aqueles que conseguem arcar com honorários advocatícios possuem direto e amplo acesso aos seus patrocinados. Além do que, os profissionais centram seus esforços aos processos de modo individualizado e personificado e, por conseguinte, com maior dedicação a cada caso. Claro que, certamente todos esses fatores não determinam melhor defesa, mas apontam para melhores condições de defesa técnica.

Portanto, faz parte da defesa paritária não separar as condições de atuação do causídico particular com o defensor público, em prol de melhor segurança da pessoa acusada, o que independe de sua condição econômica e social. Uma possível maneira de amenizar essa disparidade seria o aumento significativo dos quadros da Defensoria Pública, o que implicaria em questão de política pública, que, por sua vez, transcende o tema da presente pesquisa.

Outro princípio que embasa a Defensoria Pública é o da unidade da Defensoria Pública, o que significa que as Defensorias da União, do Distrito Federal e dos Estados (ao qual o presente texto mais volta os olhos) são interligadas. A esse aspecto, o professor José Afonso da Silva tece a seguinte crítica:

Que significado tem o princípio da unidade da Defensoria Pública, se há uma pluralidade institucional – Defensorias da União, Defensorias do Distrito Federal e Defensorias dos Estados – todas elas autônomas entre si? No caso do Ministério Público, existe a regra unificadora do art. 128 que declara que o Ministério Público abranger (i) o Ministério Público da União e (ii) os Ministérios Públicos dos Estados. Quer dizer, o Ministério Público é uma instituição que abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados. Mesmo assim, numa Federação, como o Brasil, em que órgãos e instituições estaduais têm sua própria organização de acordo com a autonomia de cada Estado, só à cunha se consegue definir esse princípio da unidade (SILVA, 2006, p. 615).

Para o doutrinador, houve uma tentativa forçada e forçosa de igualar a instituição Defensoria Pública ao Ministério Público, em respeito ao princípio da igualdade, porém foram ignoradas peculiaridades inerentes a cada instituição. Afirma taxativamente o autor que a Defensoria sequer possui base unificante para ter como elemento, o princípio da unidade.

Já, distintamente dos outros princípios mencionados, o constitucionalista discorre a respeito do princípio da independência, julgado pertinente à Defensoria Pública.

O princípio da independência funcional, sim, é pertinente às Defensorias. Tenha-se em vista a distinção entre “autonomia funcional e administrativa” e “independência funcional”: em síntese, “autonomia” é conceito relacional, porque se prende ao confronto com outros órgãos do poder. “Independência funcional” quer dizer que, no exercício de sua atividade – fim o Defensor Público tem inteira liberdade de atuação. Não fica sujeito a determinações superiores, e só deve observância à Constituição e às leis. Ninguém tem o poder legítimo de lhe dizer “faça isso”, “faça assim” ou “faça de outro modo”. Veja-se, pois, a diferença: a autonomia é institucional, refere-se à instituição, à Defensoria; a “independência funcional” é do titular da função, é pertinente ao titular do cargo ou função do Defensor Público. Essa independência, contudo, não exclui fique o Defensor sujeito a correções dos órgãos superiores competentes no que tange à sua conduta administrativa (SILVA, 2006, p. 615).

Destarte, a Defensoria Pública é regida por Lei Complementar n. 80, de 12.1.1994. em consonância com o art. 21, XIII e 22, XVII, que prescreve as normas gerais. Eis a forma como a Defensoria, um dos principais acessos à assistência jurídica integral e gratuita, é legislada. Sigamos agora com outras formas de assistência jurídica.

Igualmente, por serem escassos os recursos do Estado para avocar acesso à Justiça, a Defensoria delega sua função aos núcleos de práticas jurídicas das universidades e aos advogados conveniados à OAB, para que possam atender à população vulnerável.

Nesse sentido, o artigo de Helayne Candido Pereira, “Assessoria jurídica universitária popular – Ajup: aportes históricos e teórico-metodológicos para uma nova práxis extensionista do Direito”, publicado na revista *Direito & Sensibilidade*, discorre a respeito no seguinte sentido: o artigo trabalha a ideia de um ensino do Direito com abordagem que vá muito além do conhecimento científico e técnico. Nas palavras do professor Luis Alberto Warat,

A teoria crítica do Direito é um movimento de pensamento aberto e composto de várias correntes teóricas que têm, como causa comum, a apresentação de uma concepção emancipadora 3 Idem, ibidem (1991; p. 17). 4 Cf. FURMANN (2003, p. 44 - 84) 5 Cf. WOLKMER (2002; p. 16.) Assessoria jurídica universitária popular - AJUP 147 em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais (WARAT apud PEREIRA, 2011, p. 266)

Ainda, o estudo toma por pilar a obra editada pela Ordem dos Advogados do Brasil *OAB Ensino Jurídico: Parâmetros para Elevação de Qualidade e Avaliação* e propõe a ideia de uma formação jurídica que vise à transformação ou, ao menos, o abrandar das desigualdades e mazelas sociais.

Para tal, dentre tantos outros aspectos que não vêm ao caso na presente pesquisa, um dos pontos cruciais é colocar os discentes em contato com a realidade social do País, realizando estágios em assistências jurídicas gratuitas, para onde a população hipossuficiente é encaminhada pela Defensoria Pública quando a instituição não consegue arcar com o atendimento. Ou mesmo, em comarcas onde a Defensoria Pública ainda não adentrou, às pessoas que necessitam desse serviço é dada a indicação pelo próprio Poder Judiciário, inclusive por meio dos cartórios.

Esse contato dos bacharelados com as necessidades da população vulnerável, para além do campo teórico, alivia, e muito, o árduo trabalho dos defensores, que conseguem delegar um pouco de suas autoras demandas, e, principalmente, supre o acesso à Justiça à maior parte da população, inclusive os que necessitam do direito à defesa no processo penal.

Por último tópico, além da Defensoria Pública e dos núcleos de assistências jurídicas das universidades, há também a atividade dos advogados dativos. Esses são advogados conveniados com a Ordem dos Advogados do Brasil que, da instituição, recebem seus honorários ao fim do processo, para atender à demanda da população hipossuficiente. A questão maior dessa classe de profissionais está na ausência de qualidade de recursos e estrutura que recebem para exercer, com a devida efetividade, seu ofício.

Ilustrando, caso precise atender determinado assistido em situação de carecer, o ônus financeiro de seu deslocamento será arcado com sua própria reserva de gasto, sendo-lhe defeso, pois, requerer esse reembolso de valor da Ordem dos Advogados. Outrossim, o recebimento ao fim dos autos pode causar imenso incômodo financeiro, uma vez que, em se tratando de crimes julgados pela competência do Tribunal do Júri, o processo pode perdurar por anos a fio (há casos de até dez anos).

Por fim, no sistema de Justiça brasileiro temos como exemplos de assistência judiciária gratuita esses modelos mencionados. Passemos, agora, a entender de que forma se torna isonômico esse acesso à Justiça à população mais vulnerável.

### **2.5.A isonomia: *Cura pauperibus clausa est?***

O presente tópico da dissertação se propõe a discorrer a respeito do princípio da isonomia, aos olhos da nossa Carta Cidadã, abordando os elementos históricos que levaram-no

a ser apresentado tal como é, e encaminhar a reflexão para a discussão a respeito da igualdade no acesso à Justiça, objeto da presente pesquisa.

De acordo com o *Dicionário Jurídico*, de De Placido e Silva, o conceito de isonomia concerne ao citado a seguir: “Na terminologia jurídica, exprime a igualdade legal para todos. E, assim, assinala o regime que institui o princípio de que “todos são iguais perante a lei” (Constituição Federal, art. 141, §1º), em virtude do que, indistintamente e em igualdade de condições, todos serão submetidos às mesmas regras jurídicas (DE PLACIDO; SILVA, 1978, p. 870). De acordo com a definição acima exposta, a isonomia se refere a uma esfera da garantia fundamental da igualdade, a igualdade formal negativa, na qual a ordem estabelecida e a lei não devem servir como elemento diferenciador entre os indivíduos. Essa definição nos remete à primeira interpretação do princípio da igualdade, que, por sua vez passará por diversas transformações. Além do que, refere-se a um espectro muito mais abrangente, mesmo dentro do universo jurídico, do que o do princípio da isonomia.

Assim, para abordarmos o princípio da isonomia, faz-se mister tratarmos do princípio da igualdade, cujo autor vestibular para a presente reflexão será o constitucionalista José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Para o constitucionalista, o princípio da igualdade não fora vociferado tal como, por exemplo, a liberdade, porque não interessava à classe burguesa da mesma maneira. Desse modo, o princípio da igualdade fora utilizado para “ludibriar” a massa da população para que, ao lado da classe burguesa, militasse em prol do fim do modelo absolutista, na esperança de que haveria uma igualdade real entre as diferentes classes, o que não ocorrera. A igualdade perante a lei, o objeto de luta e disposta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que deveria ser o ponto de partida para outras normas que avalizassem a desigualdade real, não passara de um formalismo.

Já a liberdade, também bandeira dos revolucionários, concentrava-se, basicamente, na liberdade econômica, que possibilitasse a classe burguesa entabular seus negócios, sem a interferência do poder estatal; “*laissez faire, laissez passer*”. E, em consequência disso, que cada indivíduo lutasse dentro de suas esferas de possibilidades por seus direitos, isolando o poder público de qualquer responsabilidade para com a sociedade. Todavia, em termos atemporais, alguns direitos, para se tornarem efetivos, carecem do poder público para que sejam dispostos e aplicados, vide o direito à defesa, que será tratado mais adiante.

Dessa forma, o princípio da igualdade puramente formal e negativo, sinônimo do princípio da isonomia, fora utilizado como elemento para igualar todos os cidadãos perante a

lei, desconsiderando a desigualdade material existente, para que o Estado não interfira e imponha limites à desigualdade inerente ao regime liberal.

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno dessa obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá a liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa (TRINDADE, 2002, p. 72).

Destarte, de acordo com José Afonso da Silva, em sua obra *História social dos direitos humanos*, a Declaração de 1798 tem o seu art. 1º – os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos –, logo após o terceiro momento da Revolução Francesa, modificado, adequando-se aos interesses dos girondinos, que haviam alcançado o poder. Em razão disso, os proletários perceberam, após a conquista de poder pela classe burguesa, que estavam absolutamente desprovidos de qualquer direito e à mercê do sufocante controle econômico que as leis em função do mercado passaram a instituir.

Outrossim, o Direito, servindo aos interesses da classe dominante de então, facultava a essa utilizar-se do poder de polícia para suprimir qualquer tentativa de insurreição advindo da classe dominada.

Salta aos olhos, com isso que o direito à igualdade, que fora urgido como universal, manifestou-se como algo alegórico, aumentando ainda mais a disparidade material. Ratificou-se a igualdade perante a lei no artigo 3º da Constituição de 1793, tratando igualmente os desiguais: “a igualdade consiste no fato de a lei ser igual para todos”.

Assim, nos vernáculos de relator da Carta Constitucional ora mencionada, temos:

A igualdade civil, eis tudo o que o homem razoável pode exigir. A igualdade absoluta é uma quimera; para que pudesse existir, seria preciso que existisse igualdade total no espírito, na virtude, na força física, na educação e na fortuna de todos os homens. Em vão a sabedoria se extenuaria para criar uma constituição se a ignorância e a falta de interesse pela ordem tivessem o direito de serem aceitas entre os guardiões e administradores desse edifício. Nós devemos ser governados pelos melhores, os melhores são os mais instruídos e os mais interessados na manutenção das leis. Ora, com pouquíssimas exceções, os senhores só encontrarão homens assim entre aqueles que, possuindo uma propriedade, são ligados ao país que a contém, às leis que a protegem e que devem a essa propriedade e ao conforto que ela proporciona a educação que os tornou apropriados para discutir com sagacidade e justiça as vantagens e desvantagens das leis que determinam o destino da pátria (TRINDADE, 2002, p. 72).

Outrossim, a tríade *liberte, égalité et fraternité* era urgida de distintas formas, sendo que a doutrina clássica liberal distinguia-se do denominado pelo constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho como radicalismo liberal. Para o primeiro, a desigualdade política convivía tranquilamente com o princípio da liberdade, limitando-o à liberdade de propriedade. Ao passo que, para os “radicalistas liberais”, a justiça e a igualdade social são exigências da razão. Advém daí a luta pelo sufrágio universal, luta essa desinteressante aos conservadores liberais.

Este era um dos pontos em que o radicalismo se diferenciava nitidamente do conservadorismo liberal: enquanto a burguesia conservadora se recusava a alterar o sufrágio censitário, o radicalismo exigia que o país legal deixasse de ser o dinheiro (CANOTILHO, 1980, p. 156).

E por que de todo esse aparato histórico a respeito do princípio da igualdade, classificando-a como igualdade formal (isonomia) e real (igualdade material)? Como esse relato histórico poderia auxiliar na compreensão a respeito do princípio da isonomia em relação ao direito à defesa e ao acesso à Justiça?

Primeiramente, manifesta-se interessante questionar de que modo a garantia do direito à defesa respeita o princípio da isonomia. E o respeito a esse princípio (tratando igualmente os iguais) é o suficiente para se atingir o respeito à esfera maior, que é o princípio da igualdade. Para isso, precisa-se partir da premissa de que há uma vulnerabilidade presente no processo penal, que é independente da condição social e torna a pessoa acusada vulnerável diante do aparelho estatal. Diante disso, apenas tratar as partes como iguais desrespeita o princípio da igualdade.

De imediato, pode-se afirmar: o acesso à Justiça respeita o princípio da igualdade, a partir do momento em que há a Defensoria Pública democratizando o acesso constitucional à Justiça a todos os cidadãos. Todavia, adentremos as peculiaridades da defesa exercida pela instituição para avaliar se há igualdade entre esse atendimento e o exercido por patrono particular. Além disso, levaremos em consideração a realidade do Estado de São Paulo e das comarcas onde não há implementação da Defensoria Pública, e as defesas são exercidas pelos denominados advogados dativos. E nesses casos? O princípio da isonomia é respeitado entre o vulnerável e o que detém condições de arcar com honorários advocatícios?

Para tal reflexão, recorreremos aos ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, portanto voltemos a atenção a ela.

Por força dos ensinamentos de Celso Antônio, pode-se afirmar que, de plano, é negado a toda e qualquer norma ir de encontro ao princípio da equidade, disposto no art. 5º, caput da Carta Cidadã. Indo além, tal norma não é válida apenas para o legislador, mas sim ao aplicador da lei, o que nos leva a entender que não se trata de uma faculdade, e sim do dever do magistrado, no exercício de sua função, garantir a isonomia entre as partes. Assim, o autor traz a seguinte reflexão, muito embora haja absoluta procedência à máxima aristotélica, “*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*”, tal deve ser compreendido como ponto de partida, jamais como ponto de chegada, afinal o presente enunciado permite um questionamento a partir disso, quem são os iguais e quem são os desiguais?

Ao dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídico diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia (MELLO, 2013, p. 11).

Pois, mesmo partindo de lógica kelsiana de interpretação do art. 5º da Constituição Federal, pode-se afirmar que a igualdade presente no caput não tem caráter aplicável na realidade material, uma vez que a realidade fática produz situações desiguais que, por sua vez, colocam os cidadãos em desnível, seja no âmbito trabalhista, seja no aspecto físico, seja no aspecto de capacidade intelectual, entre outros. Percebe-se que o jurista apresenta a desigualdade sob a ótica natural, não adentrando os aspectos sociais que esta pesquisa pretende abordar mais adiante.

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular, nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres (KELSEN apud MELLO, 2013, p. 11).

Tal citação do jurista nos permite entender que, naturalmente, existem distinções entre pessoas, e, em razão disso, deve-se distinguir os tratamentos, de modo que manifesta-se juridicamente intolerável a igualdade jurídica entre desiguais.

Todavia, seguidamente em sua obra, Celso Antônio se dispõe a contradizer a abordagem de Hans Kelsen, afirmando que, se o princípio, o respeito ou o agravo ao princípio da isonomia está muito além de uma norma que irá de encontro ou ao encontro dos elementos dos quais se exige igualdade e estão previstos na legislação, *exempli gratia*, normas que vão ao encontro do

artigo 5º, caput da Constituição Federal, porém, não se põem às testilhas com o princípio da igualdade.

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Entretanto, o professor Mello cita alguns exemplos que de muito podem servir para elucidar a crítica que propõe a Kelsen: “Assim, também, nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão de sexo – a concurso para preenchimento de cargo de ‘polícia feminina’”.

Da mesma forma, ainda nos vocábulos de Celso Antônio Bandeira de Mello, é defeso afirmar que há discriminação em todas as distinções feitas com base nos elementos que a Constituição veda. Diante disso, em vez de analisar o objeto do *discriminem*, deve-se pensar o porquê, para que, e partir dessa resposta, possa-se saber se há ou não violação ao princípio da isonomia.

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem do que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversas categorias, reguladas por diferente plexo de obrigações e direito (MELLO, 2013, p. 13).

Diante desse conhecimento adquirido, é possível afirmar que a diferença se encontra não nos termos legais, mas sim nas situações da vida ao direito apresentadas. E, a partir desses fatos, a lei discrimina as situações desiguais para proporcionar paridade de armas a todos, de modo que são compatíveis com os ditames constitucionais, desde que

[...] apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (MELLO, 2013, p. 17).

Destarte questiona-se qual o critério a ser aferido para se identificar se há ou não algum desrespeito ao princípio da isonomia? Ou respeito ao princípio da isonomia, porém desrespeito ao princípio da igualdade.

Como já fora ventilado, exige-se algo muito maior do que a simples correlação entre o fato e a norma em abstrato, não sendo, pois, apenas a subsunção que deva ser levada em consideração. Dessa forma, o que deve ser apreciado é a junção de três fatores: o que está sendo

considerado como fator de discriminação, qual a relação, aos olhos das melhores luzes, entre o regime jurídico diferenciado despendido e o fator do discriminado, ao entender da presente pesquisa, o mais relevante, se a discriminação está em consonância com os valores prestigiados pela Constituição e, por conseguinte, com o Estado Democrático de Direito. Diante disso, voltemos os olhos à nossa Constituição Federal para entendermos de que modo o princípio da isonomia a ela se apresenta e quais são os elementos que vão ao encontro de uma discriminação democrática ou não.

Diante dessa assertiva do professor Comparato, ressalta-se a ideia de que o Direito manifesta-se na esfera do político, de modo que os princípios nele existentes, para serem aplicados em sua realidade material, necessitam de outros campos do conhecimento e da aplicação de ordem prática. O que, para a presente pesquisa, manifesta-se de suma importância, uma vez que trataremos do princípio da igualdade como um pilar para refletirmos a respeito do acesso à Justiça no Tribunal do Júri, levantando alguns questionamentos: as partes no processo penal (defesa e acusação) estão em condições de isonomia ou igualdade? É materialmente acessível o direito à defesa a todos os cidadãos brasileiros de forma igualitária ou é apenas isonômica? Qual o critério que diferencia aqueles que terão acesso à Justiça e à ampla defesa e os que serão alijados desse direito ou encontrarão maiores obstáculos para atingi-lo?

Destarte, muito embora haja, ou deva haver, igualdade entre as partes do processo, deve-se realizar algumas distinções entre o direito à defesa do réu, o processo do âmbito cível e o processo penal. Pois, para que a igualdade material seja aplicada no âmbito processual, a igualdade não pode limitar-se à isonomia formal, devendo, pois, seguir a máxima aristotélica já mencionada, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na devida medida de sua desigualdade. Pois, ao se tratar de uma acusação advinda do Estado em face de um indivíduo, temos já uma relação de disparidade de força. O aparato estatal em face do administrado.

Esclarecendo que essa disparidade ocorre independentemente do contexto social e econômico em que se encontra o cidadão acusado. Ressalta-se que essa desigualdade deve estender-se a toda a esfera processual penal, abarcando outras garantias.

Em razão disso, ao se tratar de carga probatória no âmbito do processo penal, pode-se afirmar que o princípio da isonomia cede espaço ao princípio da igualdade material, levando, desse modo, ao ônus da prova exclusivo da parte acusatória, em vez da distribuição igualitária, como ocorre no processo civil. Assim os ensinamentos de Aury Lopes Jr. nos levam a entender

que não faria o menor sentido, *a priori*, considerar o réu inocente e, ao mesmo tempo, obrigá-lo a provar que não cometera determinado delito. Afinal a pessoa acusada, antes do trânsito em julgado, em nada se diferencia do cidadão que não está respondendo a nenhum processo, pois ambos são tecnicamente não culpados. Nessa tona, seria o mesmo que obrigar qualquer pessoa, aleatoriamente, a provar a sua inocência.

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incube provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução [...] (AURY, 2015, p. 364).

Ferrajoli, do mesmo modo, demonstra que o discriminentemente acusação e defesa, no que concerne à carga probatória, manifesta-se equânime, pois ao passo que, no processo penal, a acusação tem o dever de procurar indícios e provas, a defesa sequer tem o dever de ser exercida pelo acusado. Evidentemente que esse aspecto se refere à defesa pessoal positiva.

Todavia, não raras jurisprudências optam por calcar suas decisões em ausência de provas defensivas, baseando-se, pois, na distribuição igualitária do ônus da prova. Assim aplica-se a igualdade formal e distancia-se da igualdade material.

Posto isso, em respeito e reconhecimento a essa disparidade, torna-se defeso tratar no mesmo nível de condições o Ministério Público e a defesa, pois o ensinamento histórico do princípio da igualdade nos mostra que aplicá-lo formalmente a situações desiguais gera a consequência de transformar a igualdade em algo puramente alegórico, aumentando a vulnerabilidade do indivíduo diante da interferência da força Estatal e, por conseguinte, afastando os preceitos básicos do Estado Democrático de Direito.

Além do que, nos vocábulos de José Afonso da Silva, o art. 5º, caput, que dispõe a respeito do princípio jurídico da igualdade, este não deve ser lido apenas sob a ótica formal, devendo, pois, ser analisado de acordo com os princípios de justiça social que regem a nossa ordem econômica.

Assim, para tratarmos de direito à defesa, faz-se imprescindível adentrarmos a discussão a respeito do princípio da igualdade, sob a ótica formal (o princípio da isonomia) e sob o aspecto material (a desigualdade existente entre as partes no processo penal. Com isso, a pesquisa, no próximo capítulo, se propõe a adentrar o seguinte questionamento: diante da desigualdade real existente, não se faz necessária uma desigualdade que proteja, como nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, a hipossuficiência da pessoa acusada?

Destarte, ao pensar em processo penal, independentemente de quem seja a pessoa acusada e qual o seu nível social, fala-se em vulnerabilidade. Explicando melhor, trata-se, de uma relação de absoluta disparidade de forças entre a acusação que recai sobre o indivíduo, advinda do Estado, e o indivíduo recebendo acusações, sob o risco de ter sua liberdade cerceada, ou seus bens, dependendo do tipo penal incurso na peça vestibular; e, como será exposto em outro capítulo, sem a possibilidade da utilização da máquina pública para defender-se, tal como o Ministério Público dispõe para acusá-lo.

Em razão disso, o cidadão acusado, qualquer que seja, encontra-se na posição de vulnerabilidade, e faz-se mister, em prol do Estado Democrático de Direito, haver mecanismos jurídicos que o auxiliem a gozar da paridade de armas com a acusação, objeto de estudo do próximo capítulo desta pesquisa.

### **CAPÍTULO 3 – A EFETIVIDADE DA AMPLA DEFESA E A PARIDADE DE ARMAS NO RITO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Por força do art. 3, inciso I da Carta Constitucional, e art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio da igualdade se faz presente nas relações sociais. Em se tratando de Tribunal do Júri, instituição estudada na presente pesquisa, o contrário não poderia ocorrer.

E nas palavras do professor Luiz Flávio Gomes e do professor Valério Oliveira Mazzuoli,

A igualdade não pode ser, evidentemente, somente formal: o correto enfoque da ‘paridade de armas’ leva ao reconhecimento não de uma igualdade estática, senão dinâmica, em que o Estado deve suprir desigualdades para vivificar uma igualdade real. Se o devido processo é a expressão jurisdicional democrática de um determinado modelo de Estado, essa igualdade somente pode ser a substancial, efetiva, real. As oportunidades dentro do processo (de falar, de contraditar, de reperguntar, de opinar, de requerer e de participar das provas etc.) devem ser exatamente simétricas, seja para quem ocupa posição idêntica dentro do processo (dois réus, v.g), seja para os que ostentam posições contrárias (autor e réu, que devem ter, em princípio, os mesmos direitos, ônus e deveres)(GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 113).

Portanto, o objetivo do presente capítulo é tratar da paridade de armas, não apenas sob a ótica da existência da norma, mas da aplicabilidade em si, pois a paridade é exercida por meio da ampla defesa, cuja finalidade é (além de, por óbvio, não permitir que o réu se torne indefeso, respeitado o artigo 5º, inciso LV da Constituição) avaliar a real vulnerabilidade em que todo e qualquer cidadão que responde a processo penal se encontra, pois trata-se de uma acusação de um Estado, com todas as forças inerentes ao poder público, em face de uma pessoa.

Em se tratando daquele socialmente vulnerável, faz-se presente a dupla vulnerabilidade, e, na presente pesquisa, este é o grupo de cidadãos acusados que se pretende estudar e analisar a efetividade do direito à defesa nos processos de rito do Tribunal do Júri.

#### **3.1. O direito humano à defesa técnica adequada e paritária**

O presente subcapítulo se propõe a discorrer a respeito do direito à defesa técnica como direito humano. Mas não apenas sob a ótica formal, isto é, mencionando quais dispositivos legais asseguram esse direito, mas sim entendendo qual o raciocínio jurídico leva a compreender o direito à presença do advogado na defesa da pessoa acusada como um direito humano.

Primeiramente, sob a ótica de José Afonso da Silva, a expressão “direitos humanos” nos apresenta as mais variadas vertentes, mas, certamente, pode ser conceituada como todo e qualquer direito inerente à pessoa por, simplesmente, sua existência. Isto é, todo e qualquer ser humano possui intrinsecamente esse direito. Esse é o caso do direito à defesa técnica. Todo e qualquer cidadão faz jus à presença efetiva (esse aspecto manifesta-se de suma importância) de um causídico que o defenda dos aspectos jurídicos pelos quais será acusado, independentemente do fato típico que eventualmente esteja sendo acusado.

Esse direito visa, acima de tudo, assegurar a dignidade da pessoa humana, o que está incluso em não ter seu direito à liberdade (e quaisquer outros) alijado pelo Estado sem que, para isso, possa gozar do devido processo legal, que, como anteriormente já mencionado, implica no respeito ao princípio da isonomia e do contraditório.

Assim o Estado Democrático de Direito apenas pode ser considerado caso os direitos fundamentais de seus cidadãos estejam devidamente preservados, e que nenhuma instituição possa usurpar-lhes quaisquer desses direitos sem que, para isso, esteja submetida aos limites do devido processo legal. Porém, o cidadão que desconhece os manejos jurídicos de se defender de algo, carece de um profissional que o faça. Em razão disso, “A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado” (LOPES JR., 2015, p. 96).

Prosseguindo, o advogado (aliás, o direito ao advogado) possui como principal fundamento a submissão ao princípio da isonomia, no qual as partes se encontrem em condições de igualdade. Por isso, o advogado, a partir de seu conhecimento jurídico específico, temo dever legal de equiparar o litígio processual para que a pessoa não seja acusada tecnicamente sem poder defender-se, pois, desconhece a universo jurídico, no qual será acusada, e, quiçá, terá sua liberdade restringida.

A justificação da defesa técnica decorre de um *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimento necessário e suficiente para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e descontrole. Ademais, havendo uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva (LOPES JR., 2015, p. 96).

Ainda nos ensinamentos desse autor, na Espanha o nome que se dá a esse conhecimento técnico, ou melhor, ao profissional que detém esse conhecimento, é “letrado”. Veja que tal denominação vai além das questões de ordem técnica e jurídica, exigindo do defensor a detenção de conhecimentos para além do Direito, em outros campos, tal como a psicologia, a

sociologia, a literatura e outras manifestações artísticas no geral, a filosofia e, impreterivelmente, a história. Pois, não se pode olvidar que não se trata de defesa apenas legal, trata-se da defesa de um ser humano e, como tal, permeado por inúmeras variantes que o levaram a ocupar o banco dos réus. Vertentes essas que vão muito além do Direito. Em razão disso, e principalmente em se tratando do Tribunal do Júri, faz-se mister que, para que se defenda efetivamente o cidadão, se conheça profundamente as questões de ordem técnica e jurídica, mas é necessário ir além, lançando mão de conhecimentos que permeiam a esfera humana, pois trata-se de direito humano, portanto aquele que o detém não é apenas um ser jurídico, mas ser humano.

Mas, para que esse direito humano seja exigido e aplicado no cotidiano dos tribunais, imprescindível se faz que esteja disposto em lei. Dessa forma, sai do campo de um direito abstrato e ganha corpo e forma de direito fundamental, previsto em lei maior e que, conseqüentemente, nenhum processo poderá desrespeitar.

Em razão disso, o direito à defesa técnica encontra-se disposto no art. 5º, inciso LV da Carta Constitucional, no rol de direitos fundamentais. E, caso desrespeitado seja, compete ao juiz togado considerar o réu indefeso, e, necessariamente, anular, ou sequer iniciar, o procedimento no qual o direito fora violado.

Mas, em respeito ao título do presente tópico, é de suma importância que, o direito à defesa, para ser considerado efetivo, deve ser, acima de tudo, paritário e isonômico. E, nesse aspecto, abarcam-se dois polos: o direito de colocar em condições iguais o acusado e o Estado que o acusa e a paridade de armas entre a acusação e a defesa. Ambos, promotor e advogado particular, ou promotor e defensor, devem possuir as mesmas condições de atuação profissional para buscar o deferimento de seus pedidos nos autos.

Desta feita, para se reconhecer a necessidade de igualdade, faz-se mister, previamente aceitar que há desigualdade entre o acusado e o Estado que o acusa, deixando claro, independentemente da condição econômica, social, educacional, psicológica daquele que ocupa o banco dos réus. Trata-se, nesse aspecto, de vulnerabilidade processual, isto é, o Estado possui mais instrumentos para criminalizar o indivíduo do que este de defender-se. Isso se manifesta como uma das razões apresentadas para instituir o direito à defesa técnica como essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Mas, para além da Carta Constitucional pátria, o direito à defesa técnica, como direito humano que é, encontra-se disposto em tratados de direitos humanos internacionais, do qual o Brasil é signatário. Dentre esses, centremo-nos no pacto de São José da Costa Rica.

Assim, por força do art. 8º do Decreto 678/1992, no capítulo II, denominado Direitos Cíveis e Políticos, o dispositivo em questão que afirma garantias judiciais, em sua alínea e assegura “o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”. Em razão da tamanha importância do dispositivo, devemos analisá-lo em diversas partes.

Primeiramente, trata-se de direito irrenunciável, o que significa que, mesmo recusando a defesa técnica, exceto nos casos em que possui *jus postulandi*, não poderá abrir mão de ser assistido por algum advogado. Esse aspecto traz a ideia de que se trata de garantia para além de individual, pois interessa a toda a coletividade, à sociedade, que todas as pessoas que ocupem o banco dos réus sejam defendidas de forma eficaz. Pois, uma sendo corolário do direito ao devido processo legal, torna-se, também, a limitação do Estado, tornando-o democrático de Direito e impedi-lhe arbítrios.

Como nos ensina o estudioso Gaetano Foschini, em sua obra escrita em 1956, *L'Imputato*, mencionado na obra de Aury Lopes Jr., eis o motivo da bilateralidade entre a defesa pessoal (autodefesa) que sim, é passível de renúncia e, distintamente, a defesa técnica, também conhecida como pública, por pertencer à sociedade.

Para Foschini, a defesa técnica é uma exigência da sociedade, por que o imputado pode, a seu critério, defender-se pouco ou mesmo não se defender, mas isso não exclui o interesse da coletividade de uma verificação negativa no caso do delito não constituir uma fonte de responsabilidade penal. A estrutura dualística do processo expressa-se tanto na esfera individual como social (LOPES JR., 2015, p. 96).

Como já verificado, compete ao juiz, presidente do processo e, na linha do garantismo penal, o principal zelador dos direitos humanos da pessoa acusada dentro do processo penal, redesignar e anular o ato no qual o réu encontrou-se indefeso e, caso a pessoa seja financeiramente impossibilitada de arcar com honorários advocatícios, convocar o defensor público (ou advogado dativo) para assisti-la.

Outro ponto para o qual que devemos voltar nossa atenção é o prazo, pois o direito à defesa também abarca o dever do profissional de “verificar” a celeridade processual, outro direito da pessoa acusada.

Dessa tona, vejamos, a partir de análise de algumas jurisprudências, de que modo Pacto de São José da Costa Rica, ao regular o direito à defesa técnica, vem sendo aplicado nos pátrios tribunais brasileiros.

O Supremo Tribunal Federal, por força da Súmula 14, na data de 2 de fevereiro de 2009 determinou que

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito à defesa.

Manifesta-se de suma importância que tal regulamentação ocorra, como súmula, pelo Supremo Tribunal Federal, pois, a partir disso, retira-se a decisão do acesso a elementos importantes à defesa, do poder discricionário da autoridade presente, que, como toda decisão proferida pela consciência individual, corre o risco de ser permeada por motivos outros, que não a segurança do devido processo legal.

Nesse sentido também decidiu o ministro Ricardo Lewandowski

A bem da verdade, mais do que constituírem um direito do advogado, tais prerrogativas funcionais têm o condão de servir ao próprio cidadão. É que o advogado funciona como mero instrumento na formulação da defesa de seu cliente, este, sim, o real destinatário da prestação jurisdicional, tendo nas normas processuais, notadamente na seara criminal, a salvaguarda de seus direitos e garantias fundamentais. Ressalte-se ainda que, no plano internacional, o Pacto de São José da Costa Rica destaca como uma garantia judicial da pessoa acusada criminalmente a “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”, *litteris*: [...] **Isso posto, voto pela procedência da reclamação, de modo a garantir aos reclamantes o direito de obter cópias das gravações dos depoimentos audiovisuais, em meio magnético, óptico ou eletrônico [...]**[grifo nosso][STF. Rcl 23.101, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 22-11-2016, DJE de 6-12-2016].

Ainda, esboçando como o Supremo Tribunal tem se comportado diante do direito à defesa técnica, previsto no Pacto de São José da Costa Rica, temos que

O funcionamento da Defensoria Pública veicula matéria de interesse primário, portanto, da coletividade e não do Poder Executivo. Dessa forma, não poderia ser por ele limitado. Por isso, a autonomia desta instituição corrobora para a efetivação dos direitos fundamentais dos necessitados, permitindo seu acesso à Justiça. Reconhecer a atuação da Defensoria Pública como um direito que corrobora para o exercício de direitos é reconhecer sua importância para um sistema constitucional democrático em que todas as pessoas, principalmente aquelas que se encontram à margem da sociedade, possam usufruir do catálogo de direitos e liberdades previsto na Constituição Federal. Nesse sentido, destaque-se o disposto no art. 8 do Pacto de São José da Costa Rica: (...) Fica evidente a relevância do defensor público, mormente quando se relembra que o Supremo Tribunal Federal conferiu hierarquia supralegal ao mencionado tratado. Consoante costumeiramente bem expressado pelo ministro Celso de Mello (AI 598.612 ED), a Defensoria é um “direito a ter direitos” e, nessa

qualidade, sobressai seu caráter de direitos humanos [STF. ADI 5.296 MC, rel. min. Rosa Weber, voto do min. Edson Fachin, P, j. 18-5-2016, DJE de 11-11-2016].

Destarte, e já encaminhado para a conclusão do presente tópico, em prol da preservação da dignidade da pessoa humana diante da ação penal pública proposta pelo Estado, entendeu-se pela necessidade da regulamentação do direito à defesa técnica como direito fundamental, isto é, previsto constitucionalmente como garantia de direito humano da pessoa acusada, visando a proteção do sempre vulnerável cidadão que ocupa o banco dos réus.

Passemos, em tópico seguinte, a voltar as atenções a outra vulnerabilidade que, certamente, interfere diretamente, na asseguarção do devido processo legal: a vulnerabilidade econômica e social.

### **3.2 .A vulnerabilidade social e econômica como discriminema ser sopesado para asseguarção do princípio do devido processo legal**

Para além da vulnerabilidade processual, já descrita em tópico acima, em um país onde paira a desigualdade econômica e social, devem-se levar em absoluta consideração esses elementos que, inevitavelmente interferem nas problemáticas do devido processo legal. São os denominados duplamente vulneráveis: vulneráveis processualmente e socialmente. O presente tópico se propõe a voltar os olhos para esta última vulnerabilidade mencionada. Para tal, utilizaremos os ensinamentos do professor Eugênio Raúl Zaffaroni e o professor Dr. Nilo Batista, em sua obra *Direito Penal Brasileiro – 1*.

De acordo com o autor, a vulnerabilidade penal é uma realidade que se opera a determinadas pessoas, “eleitas” pela seletividade penal para serem alvos do sistema penal, do início ao fim do processo criminalizante.

Porém, para que pensemos com o devido cuidado nessa questão, faz-se mister entendê-la do início da criminalização até a sentença, com base na seletividade penal.

De acordo com o autor, tudo inicia com denominada criminalização primária, na qual o Poder Legislativo já discrimina o alvo dos tipos penais “Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 43).

Dessa forma, por meio desse ato aparentemente formal, temos a seletividade penal, pois, por ser absolutamente extensa, não só no Brasil como no mundo, apresenta um rol de tipos penais que não poderão ser, de fato, coibidos pelo Estado, passando, dessa forma, a responsabilidade à criminalização secundária, que tem a função de prosseguir com a seletividade penal.

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca, em nenhum país se pretendeu levá-la a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela inimaginável porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 44).

Essa parte ínfima, por sua vez, afeta diretamente a população vulnerável.

Seguidamente à criminalização primária, manifesta-se a criminalização secundária, regida por agentes que executam, desde o flagrante à prolação da sentença. Esta, por sua vez, é a aplicação daquilo que fora idealizado pelas agências de criminalização primária, logo policiais, promotores, juízes, dentre outros operadores que compõem o sistema penal.

Porém, como mencionado acima, as agências de criminalização secundária possuem limitado poder operacional, o que as leva a selecionar quem serão aqueles plausíveis de punitivismo penal, sobre qual parcela da população recairá a severidade do sistema criminal. Eis a seletividade penal, que, de forma objetiva e fundamentada, nos ensina o professor Raul Zaffaroni.

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceito, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associada a valores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram causas da criminalização, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário) (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 46).

Ainda,

De qualquer maneira, a seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato, sem prejuízo de que, em alguns, esta característica estrutural atinja graus e modalidades aberrantes. Por isso, a criminalização corresponde apenas supletivamente à gravidade do delito (conteúdo injusto do fato): esta só é determinante quando, por configurar um fato grotesco, eleva a vulnerabilidade do candidato(idem).

Essa questão aplica-se a diversos tipos penais, acusações processuais penais e condenações e, no caso do Rito do Tribunal do Júri, da mesma maneira podemos perceber a presença da vulnerabilidade processual, como já descrita em capítulo acima, e vulnerabilidade econômica e social. Pois, antes de se chegar ao banco dos réus, eventualmente, crimes referentes ao Tribunal do Júri são temas de especulação midiática e, dependendo da classe social, do estereótipo físico e, até mesmo, da raça; os chamados executores morais, como a grande mídia, referem-se ao acusado (ou, muitas vezes ainda suspeito, tamanha puerilidade das investigações), de forma mais ou menos gravosa.

Outrossim, para além de classe social, a mídia tem a função de executora moral, de modo que, se responsabiliza como formadora de posicionamento daqueles cidadãos e cidadãs inerentes a determinada sociedade. Dessa regra não fogem os jurados, nem juízes togados, pois, por mais robusto que seja o conhecimento técnico, como já fora discutido em capítulos anteriores, o posicionamento ideológico manifesta-se, mesmo que na aplicação da norma pura, uma vez que há ideologia por trás da norma. E, portanto, uma sentença que interpreta a norma puramente sob ótica positivista, não ousando maiores voos hermenêuticos, aplica a ideologia presente na norma posta.

Dessa forma, a informação que nos é fornecida e, principalmente, como nos é fornecida constrói posicionamentos a respeito de determinados pontos, e, em se tratando do Tribunal do Júri, salta aos olhos essa realidade. E aquele que ocupa o banco dos réus, para além da vulnerabilidade processual, também torna-se duplamente vulnerável (e isso independe de questão econômica), mas sim por sua condição na sociedade. Embora, formalmente, passará por um devido processo legal, será julgado por aqueles que, de antemão, possuem prévio juízo construído a respeito daquele fato.

Ilustrando, deve-se recordar o processo da estudante de Direito Suzana vonRichthofen, que, por longo tempo tem seu nome veiculado cotidianamente nos jornais (televisivos e impressos) e, ao sentar oficialmente no banco dos réus do Tribunal do Júri, foi alvo, para além de julgamento processual, de um espetáculo público, no qual oitenta bancos da plateia foram disputados incisivamente por mais de cinco mil pessoas.

Após pedido para que o julgamento fosse televisionado, que, por força de acórdão proferido pelo desembargador Dr. José Damião Pinheiro Machado Cogan, afirma-se

[...] a publicidade do processo é uma garantia de que os atos nele praticados são feitos com lisura, daí a permanência das portas abertas de forma a que qualquer pessoa que esteja no Fórum possa ingressar e assistir ao lamentável drama que se desenvolve no Plenário do Tribunal do Júri, inclusive com repasse de trechos para jornais internacionais, vai uma longa distância (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo).

Como se pode perceber, o acórdão manifesta-se temente aos princípios constitucionais do devido processo penal, dentre eles o princípio da publicidade, que, como todo e qualquer instituto dentro do processo penal, torna-se instrumento de garantia dos direitos humanos da pessoa acusada.

O polêmico caso da estudante universitária, pertencente à classe média alta brasileira nos leva a entender a vulnerabilidade em que a mídia acaba deixando determinados réus, que, muitas vezes, não estão em vulnerabilidade econômica, mas a partir do momento que o crime pelo qual se percebem acusados, tornam-se mercadoria interessante à grande mídia, ficando, assim, socialmente vulneráveis.

Porém, muito embora essa vulnerabilidade também atinja pessoas que não estão em condições de hipossuficiência econômica, o magistério de Raul Eugênio Zaffaroni, em sua obra *Direito Penal Brasileiro I*, nos mostra que, certamente, os executores dos meios de comunicação apresentam-se como fortes operadores quanto à seletividade penal.

Por fim, aquele(a) que ocupa o banco dos réus no plenário do Júri, muitas vezes, se depara com as vulnerabilidades mencionadas, fazendo jus à defesa ainda mais eficaz para equiparar essa disparidade. Porém, como veremos em próximo tópico, embora essa defesa deva ocorrer de modo contundente, desde a fase de investigação penal, encontra barreira (que, muitas vezes, comportam-se ignorando os ditames de um processo penal constitucional) apoiadas pela doutrina, jurisprudência e, até mesmo, pelo Código de Processo Penal e seus artigos que retratam período historicamente fascista do Brasil.

### **3.3. O exercício da ampla defesa e a paridade de armas no rito escalonado do Júri**

Passemos a discorrer, no presente tópico, a respeito das diferentes fases que compõem o rito processual do Tribunal do Júri e de que maneira, em cada uma dessas fases, apresenta-se ou ausenta-se a ampla defesa e a paridade de armas.

### 3.3.1. A investigação policial e a paridade de armas

Vamos nos debruçar sobre este questionamento: compete ao Estado proporcionar direito à defesa em sede de inquérito policial?

Aos olhos da doutrina tradicional, que compõe a visão majoritária do nosso processo penal, nosso processo possui a característica de ser misto, isto é, composto por uma parte administrativa, com características inquisitoriais, e outra acusatória, na qual são imprescindíveis todas as garantias constitucionais à pessoa acusada, inclusive o aqui tratado direito à defesa.

Todavia, há uma discussão sustentada por parte dos doutrinadores, cita-se aqui um dos líderes dessa discussão, Aury Lopes Jr., que, com base na leitura do artigo 5º, inciso LV da Carta Constitucional, afirma que essas garantias, inclusive o direito à defesa e ao contraditório, aplica-se também à fase de investigação do processo penal.

Analisemos, de início, os argumentos sustentados pela posição majoritária, para, em seguida, sopesarmos os argumentos da posição contrária.

Para os doutrinadores tracionais, tal como José Frederico Marques, mostra-se incabível a aplicação do direito à ampla defesa em caso de inquérito, pois, se de tal forma ocorrer, a investigação e o apelo à verdade real serão maculados. Assim se entende, pois, que o contraditório implica em direito à informação, e, por conseguinte, o imputado, ao tomar ciência de que está sendo objeto de investigação, caso de fato seja autor do delito, fará o que estiver ao seu alcance para impedir que o fato seja elucidado.

O inquérito policial não é um processo, mas simples procedimento. O Estado, através da polícia, exerce um dos poucos poderes de autor da defesa que lhe é reservado na esfera da repressão ao crime, preparando a apresentação em juízo da pretensão punitiva que na ação penal será deduzida através da acusação. O seu caráter inquisitivo é, por isso mesmo, evidente. A polícia investiga o crime para que o Estado possa ingressar em juízo, e não para resolver uma lide; dando a cada um o que é seu. Donde ter dito BJRKMEYER que, na fase policial para *perecutio criminis*, 'o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, e não sujeito de um processo jurisdicionalmente garantido'. Em face da polícia, o indiciado é apenas objeto de pesquisas e investigações, porquanto ela representa o Estado como titular do direito de punir, e não o Estado como juiz (MARQUES, 1963, p. 43).

A presente pesquisa ousa discordar do posicionamento do processualista, uma vez que, independe de se tratar de Estado, juiz ou do Estado como sendo o representante do *jus puniendi*,

há uma relação de vulnerabilidade do indivíduo diante da força do poder estatal. Por conseguinte, há a imprescindibilidade da defesa técnica para que essa disparidade de forças não viole direitos fundamentais do cidadão investigado.

Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surgir algum caso de difícil elucidação (TOURINHO FILHO, 2002, p. 198-199).

Nesse sentido advoga Fernando da Costa Tourinho Filho, ao defender a visão literal da Constituição Federal, nega aos investigados o direito à defesa por não se enquadrarem no rol dos acusados. Além disso, distingue processo penal de procedimento penal, de modo que, ao primeiro caberiam as garantias fundamentais, inclusive, ampla defesa, porém, ao procedimento penal, tais garantias manifestam-se exacerbadas e, quiçá, inadequadas.

Ainda dentro de uma análise hermenêutica do texto legal, mesmo que analisado de modo literal, ressalta-se que, não por acaso, o constituinte utilizou-se do termo “acusados em geral”. Pensemos, por que razão faria jus o termo “em geral”, se fosse para aplicar apenas àqueles acusados *stricto sensu*, ou seja, aqueles chamados réus no processo penal? Não seria em vão, ou por meracausalidade. Ademais, não se pode olvidar que a norma é um objeto cultural, que, por sua vez, possui uma finalidade, nos ensinamentos de André Franco Montoro, a norma deve levar a um sentido aplicável à vida real que conduza à justiça. Assim, muito além da interpretação estreita, a norma, ao ser aplicada ou estudada, exige maiores reflexões que levem ao alcance real do mais próximo possível do juiz.

Outrossim, a história da hermenêutica do Direito já nos apontou ser ilusória a ideia de que a lei deve ser lida na ausência de qualquer interpretação, contestando, assim, a latina máxima *in claris cessat interpretatio*. Opostamente ao que impunha o *Fuero Juzgo*, no século XIII, que proibia, sob pena de açoites, qualquer interpretação legal; e o Código de Baviera, em 1812, que também não facultava essa prática aos magistrados, porém, não sob coerções tão severas; faz-se imprescindível, independentemente da clarividência legal, algum grau de interpretação da norma. Enfim, a necessidade da interpretação da norma manifesta-se indiscutível, porém, sobre qual espécie de interpretação da Constituinte terá que ser aplicada para se afirmar que cabe o direito à ampla defesa nos casos de inquérito é que se pretende dissertar nos próximos parágrafos.

A parte doutrinária que advoga no sentido de que a ampla defesa não deve ser aplicada nos casos de inquérito policial, com base nos vocábulos “acusados” e “processo” lançam mão do método filológico da interpretação, uma vez que consideram os termos utilizados pelo

legislador e seus significados. Muito embora esse deva ser o primeiro passo para análise do texto legal, em prol da melhor e mais rica interpretação, faz-se mister utilizar-se de outros recursos interpretativos para a adequação da realidade material na qual a Constituição se emprega e, além do mais, não se pode ignorar a necessária coerência sistêmica entre os ordenamentos jurídicos no geral e a Constituição para a melhor unidade jurídica.

O primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional. A lei é uma declaração da vontade do legislador e, portanto, deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade. Para isto, muitas vezes é necessário indagar do exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático (REALE, 2011, p. 279).

A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática – tomada essa palavra no seu sentido mais amplo – o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. “Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto” (REALE, p. 279).

Assim, mesmo não levando em consideração que o termo utilizado pelo legislador tenha sido “acusados em geral” e considerando que estivesse em nossa carta constitucional apenas “acusado” e “processos” em vez de “procedimento”, para interpretar de modo tão restritivo, apenas o método literal, que, por sua vez, como descrito em parágrafo acima, deixaria a desejar para os que têm sede de mais profundas interpretações.

Todavia, não se pode afirmar que tal interpretação não fora utilizada com o melhor requinte intelectual e jurídico, para ilustrar, citarei a interpretação gramatical que o jurista Rui Barbosa

Certa vez, Rui Barbosa aceitou uma condecoração estrangeira. Seus adversários políticos, baseados no art. 72, §, 29, da Constituição de 1891, entenderam que Rui havia perdido seus direitos políticos. Realmente, dispunha aquele texto da Constituição: “Art. 72. §29. Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condenações ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.” O grande mestre fez um longo trabalho, de valor realmente excepcional, para mostrar que a interpretação a ser dada àquele dispositivo constitucional não era essa. Rui usou de todos os elementos de interpretação para provar sua tese. Mas o principal foi justamente o elemento gramatical. Dizia ele: “Em face da gramática, quando temos dois adjetivos não se referir aos substantivos. Ora, eu aceitei uma condecoração estrangeira, mas não nobiliárquica, porque ela não me imprimiu nobreza. Portanto, não incorri na sanção constitucional, não tendo perdido os meus direitos políticos (FRANCO MONTORO, 2011, p. 425).

Posto isso, como conseguimos verificar, há uma interpretação gramatical para se afirmar que aqueles que se encontram sob uma imputação em inquérito penal não fazem jus aos direitos

fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa, que, como demonstrado anteriormente, a presente dissertação adotará a vertente de Eugênio Pacceli, que afirma que a ampla defesa é a efetivação da garantia do contraditório.

Todavia, manifesta-se inópio à melhor interpretação doutrinária considerar apenas o vocábulo “acusados”, ignorando o termo “em geral”, que, definitivamente, mesmo pela interpretação de cunho único e exclusivamente gramatical, não se pode afirmar que encontre-se em vão no esteio do artigo 5º da nossa Carta Democrática. Dessa tona, analisando o dispositivo, aferindo o espírito do legislador e seguindo a linha histórica de interpretação jurídica, deve-se considerar que o momento do Brasilurgia por maiores garantias fundamentais e, traçando um contraponto com as cores fascistas do Código de Processo Penal, objetivava ampliar as leis protetivas ao vulnerável. Assim, fatalmente, a leitura do inciso LV do art. 5º, nos leva à conclusão de que a ampla defesa se aplica ao processo *latu sensu*.

Outrossim, a ampla defesa inclui a defesa pessoal negativa ou positiva, sendo, pois, incontestável que ela se faz presente no inquérito, a partir do momento em que ao imputado cabe o direito à manifestação de sua versão dos fatos e o direito ao silêncio. Desse modo, é necessário que o cidadão seja informado de quais as suspeitas lhe são imputadas? O que seria isso senão o direito ao contraditório? Esse aspecto debilita o argumento utilizado por alguns doutrinadores e jurisprudências que afirmam que a ciência do que ocorre nos autos dificultaria, em algum aspecto, a investigação. Ora, a informação já chega ao acusado, de modo que em nada alteraria o enveredar da investigação penal.

Somando-se a isso, revisitando a finalidade da defesa técnica, que se concentra em dirimir a vulnerabilidade daquele que se encontra sob o risco de ter sua liberdade, ou bens, cerceada pelo Estado, qual coerência com os princípios democráticos haveria se fosse outorgado ao acusado o direito à defesa pessoal, mas não lhe fosse concedido o instrumento legal necessário para que sua vulnerabilidade não fosse, ao menos, minimizada? Em respeito à melhor lógica, entende-se que, ao proporcionar garantias fundamentais ao acusado, o legislador almejava ir ao encontro dos proclames do Estado Democrático de Direito. Desse modo, manifestar-se-ia incoerente alijar a pessoa imputada do direito à defesa técnica. Além do que, não levar em consideração outros dispositivos constitucionais, tal e como o art. 133 e a lei infraconstitucional e, em harmonia com a Carta Maior, dispõe em seu art. 7º

[...]examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciários e Legislativos, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo

sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos (BRASIL, 1988).

Porém, há o outro lado do argumento, sustentado por autores como Marcelo Augusto Custódio Erbella, que afirma o dever do Estado de promover a defesa técnica em fase de inquérito policial, questionando como pode ser direito do preso o acesso à ampla defesa em inquérito policial, mas não é dever do Estado proporcionar essa defesa.

Assim, mencionando a decisão do ministro Celso de Mello

A lei fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por Advogados legalmente habilitados ao indiciado preso (ERBELLA, 2003, p. 453).

A partir dos ensinamentos do processualista Erbella, podemos afirmar que há clara afronta ao princípio da isonomia em tal decisão, uma vez que, se o art. 5º, inciso LVIII da Constituição determina que o cidadão cerceado de sua liberdade possui direito à assistência judiciária, mas o Supremo isenta o Estado dessa responsabilidade, então podemos entender que, caso o indiciado possua condições de constituir um advogado, esse se fará presente. Mas questiona-se, e o preso pobre? Que, por sinal, compõe a maior parcela dos que respondem a inquérito policial? Se o Estado não avoca o dever de proporcionar assistência aos acusados em geral, utilizando o vocábulo do professor Erbella, tal direito não passará de mera previsão alegórica, pois ter direito a advogado e, por questões de cunho econômico, não poder fazer gozo desse direito, isto é, ter o direito à ampla defesa e não poder efetivá-la é o mesmo que não ter.

Ademais, o mesmo dispositivo acima descrito afirma a responsabilidade do Estado em prestar assistência jurídica integral e gratuita, logo, com o máximo respeito e vênias, a decisão do ministro Celso de Mello afronta não apenas o princípio da isonomia, como também o art. LXIII da Carta Maior.

Diante do exposto, percebe-se que, em respeito ao princípio da isonomia, a ampla defesa deve ser efetiva, inclusive em fase de inquérito.

### **3.3.2. A instrução processual e os rigorismos formais**

A fase de instrução do Tribunal do Júri se inicia com a propositura da denúncia pelo representante do público, e termina com a decisão de pronúncia que leva o réu a ser julgado pelo corpo de jurados.

No momento da pronúncia, vige um elemento em específico, que, ao entender de alguns autores, torna-se compatível com o que se espera de um tribunal do júri, dentro de um Estado Democrático de Direito, ao passo que, para tantos outros, salta aos olhos terrível absurdo, maculando a presunção de inocência e, por conseguinte, o aqui tratado direito à defesa; do princípio, *in dubio prosocietate*.

Assim, o processo que tramita sob o rito do Tribunal do Júri pode ser considerado bifásico (ou trifásico, se considerarmos a fase de inquérito inclusa), mas, *stricto sensu*, são duas fases específicas. A primeira fase, pós-denúncia, é o momento em que o órgão ministerial tem como atribuição produzir indícios suficientes de autoria e materialidade que levem ao entendimento de que a pessoa acusada que ocupa o polo passivo daquele processo é autora do fato típico em questão. O objetivo do Ministério Público nessa fase é fazer com que o acusado seja pronunciado por meio de decisão interlocutória do magistrado, para que, em segunda fase, possa ser devidamente julgado em fase de plenário por seus pares (jurados, os juízes naturais) e, por meio de votações, condenado.

Mas, nos próximos parágrafos, devemos nos concentrar na primeira fase do júri, em todas as defesas que nela se apresentam e na existência (ou não) de paridade de armas com a acusação.

O primeiro momento em que o princípio da ampla defesa se manifesta na fase de instrução do Rito do Tribunal do Júri é por meio da Resposta à Acusação, com fulcro nos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal Brasileiro.

Por força desse ordenamento jurídico, nesse momento processual, a defesa técnica, no prazo de dez dias, em resposta à propositura da denúncia, alegará questões de ordem preliminar, arrolará testemunhas e especificará outras provas, além de, poder arguir todas as teses pertinentes à defesa.

Outrora, após a propositura da denúncia, havia a defesa prévia que, por sua vez, não era obrigatória, mas sim uma faculdade do réu como dispunha o posicionamento do Supremo

Tribunal Federal<sup>2</sup> (RTJ 54/81). De acordo com a Corte, o que ensejava anulação seria alijar o defensor de tal possibilidade, não concedendo-lhe prazo para tal.

Todavia, o mesmo tribunal determinou a obrigatoriedade, por força da decisão RTJ 80/500 e 36/198, do defensor dativo em apresentar defesa prévia, sob pena de desobediência.

Percebe-se claramente, nesse aspecto, que, para os réus que dispunham de defensor constituído, o princípio da ampla defesa encontrava-se mitigado, uma vez que era mera escolha do causídico apresentá-la ou não. Evidente que, com a ausência dessa peça processual, o acusado via o prosseguir dos autos, muitas vezes com elementos viciados, que poderiam ser, de sobejo, motivo para o não prosseguimento da ação penal.

Com a obrigatoriedade da resposta à acusação, caso o réu não constitua causídico no prazo de dez dias, os autos serão encaminhados para a Defensoria Pública, nos locais onde há a presença dessa instituição, ou para os advogados conveniados da Ordem dos Advogados do Brasil que prestam esses serviços aos hipossuficientes, os dativos.

Certamente, a obrigatoriedade dessa peça processual, após admissibilidade da denúncia, tem como finalidade a coerência com o espírito garantidor do processo penal, aos mandos do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, exclui-se a possibilidade de que réu tenha contra si processo em que notoriamente constem elementos para absolvição sumária ou mesmo reanálise da admissibilidade.

Para que haja a absolvição sumária, faz-se mister estarem presentes os elementos dispostos no art. 397 do Código de Processo Penal, vide:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar.

- I- a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II- a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
- III- que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
- IV- extinta a punibilidade do agente.

---

<sup>2</sup> Ausência de defesa prévia pelo defensor constituído. Segundo o STF, não anula a ação penal (RTJ54/81), o que anula é a ausência de concessão de prazo ao defensor para tal mister. No sentido de que na não intimidação do defensor constituído para a prévia, não havendo prejuízo, não anula a ação penal (RT 492/313). Ver: DE JESUS, Damásio. *Código de Processo Penal Comentado*, p. 234.

Ainda, como apresenta Aury Lopes Jr., quão impróprio se manifesta o termo “absolvição” para o caso previsto no inciso IV do dispositivo acima mencionado, uma vez que se trata de algo que já não tem a possibilidade de punibilidade por si só. Dessa forma, o mais sensato a ser descrito seria sentença declarando a extinção da punibilidade, em vez de sentença absolutória por extinção da punibilidade.

Outrossim, questiona-se se a resposta à acusação, em razão do mais democrático processo, não deveria anteceder a admissibilidade da denúncia. Isto é, não deveria haver juízo de admissibilidade e principalmente o recebimento da acusação apenas depois de analisada a resposta à acusação? Isso porque, de acordo com doutrinadores que argumentam nesse sentido, apenas um único lado é analisado, e, além disso, mesmo sem a possibilidade de resposta, o acusado torna-se réu processualmente e oficialmente.

Esse aspecto manifesta-se questionado em artigo “Apreciação judicial da resposta à acusação no procedimento do Júri”, de autoria da Dra. Amália Gomes Zapala.

Observa-se que o procedimento prevê recebimento inicial da denúncia e não estabelece manifestação do juiz após a resposta à acusação. Embora a resposta à defesa seja obrigatória, apesar da amplitude de alegações permitidas, da possibilidade de juntar e indicar provas, não seria apreciada pelo juiz senão no que diz respeito a eventuais requerimentos. Se os documentos juntados provarem a inexistência ou a atipicidade do fato objeto do processo, se o acusado demonstrar causa de exclusão do crime ou isenção de pena, falta de prova da autoria ou participação, ficaria a análise dos argumentos apresentados postergada para a audiência de instrução e julgamento. A resposta à acusação não se mostraria capaz de antecipar o julgamento, de evitar a continuidade do procedimento, não produziria efeito correspondente à importância que sua obrigatoriedade e sua profundidade de argumentos poderia ensejar (ZAPALA, 2009).

Ainda, de acordo com a ótica garantista do Processo, a pesquisadora afirma que se encontra na possibilidade de absolvição sumária a finalidade garantista da resposta à acusação.

Naturalmente a resposta à acusação só assume esta finalidade garantista se apreciada, tiver o juiz, após o seu exame, possibilidade de rejeitar a acusação, absolver sumariamente, enfim, encerrar o processo, evitando, para o acusado, o constrangimento dele decorrente. Somente sob esta óptica se justifica a resposta à acusação e sua introdução em todos os procedimentos (idem).

No que implica essa visão dentro do processo do Tribunal do Júri,

Concluimos, então, que há necessidade de uma interpretação sistemática do novo procedimento do júri, de uma leitura de seus dispositivos de modo a se harmonizarem com o novo sistema, dando-se assim efetividade à garantia de ampla defesa consubstanciada na resposta à acusação. Neste sentido entendemos que há um duplo juízo de admissibilidade da denúncia, resultado de dois juízos com cognições diferentes. Há um juízo de admissibilidade inicial com a possibilidade de uma rejeição liminar da denúncia ou queixa. Superado o primeiro filtro, oferecida a resposta à acusação, haverá um novo juízo de viabilidade da denúncia, a fim de se evitar a

continuidade inútil do processo. Trata-se de exame mais aprofundado, de um segundo filtro da acusação, dele podendo resultar ainda a absolvição do acusado, extinguindo-se o processo com julgamento do mérito. A possibilidade de absolvição sumária após a manifestação do acusado no procedimento do júri surge como consequência da necessária análise da resposta à acusação, da consideração pelo juiz de tudo o que for alegado pelo acusado no interesse de sua defesa, sendo solução que atende à celeridade e a repulsa ao seguimento desnecessário do processo que norteiam a reforma global dos procedimentos(idem).

Assim, ao entender desses pesquisadores, o recebimento ocorrer previamente à resposta à acusação ofende a paridade de armas entre acusação e defesa, de modo que o juiz já terá determinada ideia do fato, previamente ao recebimento do posicionamento pró-réu. Diante desse aspecto, ainda de acordo com Aury, houve um forte ânimo por parte dos processualistas penais, com a reforma processual.

O projeto desenhava uma fase intermediária, há muito reclamada pelos processualistas, de modo que a admissão da acusação somente ocorreria após o oferecimento da defesa (o ideal seria uma audiência, regida pela oralidade)(LOPES JR., 2015, p. 731).

O momento seguinte à apresentação da resposta à acusação, em que o princípio da ampla defesa também virá à tona, é na audiência de instrução e julgamento, presidida por juiz que após alegações finais, decidirá no sentido de pronunciar ou não.

Até o presente momento processual, como afirma Aramis Nassif, são idênticas as fases pertinentes aos juízes singulares e aos processos do rito do Tribunal do Júri. Sendo que, a distinção entre um e outro ocorre em momento seguinte, após alegações finais apresentadas pelas partes.

Assim, em processos singulares, com fulcro no art. 381 ao 387 do Código de Processo Penal, após apresentação de alegações finais, seja de forma escrita ou oral, o juiz togado, competente para julgar o mérito da causa e culpabilidade do sujeito constitucional, proferirá a decisão interlocutória que possui três caminhos a percorrer: absolvição sumária, desclassificação, impronúncia, pronúncia. Será descrito cada modelo de decisão, de acordo com os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, em sua já mencionada obra *Tribunal do Júri*.

A absolvição sumária, como conceito básico, pode ser definida como decisão de mérito que finaliza o processo em favor da pessoa acusada e em desfavor da pretensão punitiva ministerial. As razões que ensejam tal decisão são de ordem de provas, de que a materialidade e ou a autoria não procedem, ou provada a excludente de ilicitude ou culpabilidade. Ressalta-se, há questionamento que será abordado mais adiante, ainda neste tópico, se o que

deve prevalecer é a dúvida ou a pessoa acusada, nesse momento processual deverá produzir provas em sua defesa.

Por força da Lei n. 11. 689/2008, três hipóteses foram acrescentadas à possibilidade de absolvição sumária: ao ser absolutamente notório e certo que inexistiu o fato imputado como típico (o que é distinto de discutir a materialidade do fato).

“Ex: a vítima do aventado homicídio, surge, ao longo da instrução, demonstrando não ter ocorrido morte. Logo, o acusado deve ser absolvido sumariamente”(NUCCI, 2008, p. 94).

### **3.3.2.a) Princípio do *in dubio pro societate*, presunção de inocência e paridade de armas**

O princípio *in dubio pro societate* tem como premissa a ideia de que, em primeira fase do Tribunal do Júri, a pessoa acusada deve ser pronunciada, isto é, encaminhada a plenário para que seja julgada por jurados, mesmo que parem dúvidas a respeito dos indícios de autoria e de materialidade, indo de encontro a dois princípios basilares do Estado Democrático de Direito, *in dubio pro reo* e presunção de inocência.

Por suposto, em seguida serão apresentados argumentos pró e contra esse princípio, mas, de pronto, é imperativo pensar de que modo há a mácula, não apenas à presunção de inocência, mas também à paridade de armas entre acusação e defesa.

Por força do art. 413, §1º do Código de Processo Penal,

Art. 413 O juiz, fundamentalmente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Doutrinadores que defendem a aplicação de tal dispositivo afirmam que a dúvida deverá levar, sim, o réu a plenário, primeiramente, por não se tratar de sentença, mas sim de decisão interlocutória e, além disso, em nome do respeito à sociedade, nesse momento do processo, não se deve vigorar a absolvição, em se tratando de indícios que levam à materialidade e autoria.

A doutrina, ao comentar este dispositivo, expressa que por ter a pronúncia natureza de decisão interlocutória, examinando, assim, a admissibilidade da acusação e autorizando o ingresso da ação penal à segunda fase do procedimento do tribunal do

júri, qual seja, o juízo da causa (cf. visto em tópico 2), deve vigorar, nesta fase, o *princípio in dubio pro societate*, vez que a dúvida favorece a sociedade, não ao acusado, que, assim, deverá ser submetido a julgamento pelo júri (STUCCHI, 2006).

Destarte, faz-se imprescindível rememorar que atual Código de Processo Penal Brasileiro possui origens fascistas, no sentido histórico do termo, e com diversos dispositivos incompatíveis com o viés constitucional que todos os ordenamentos tomaram após a promulgação da Constituição de 1988.

Diante de inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como o art. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória (LOPES JR., 2015, p. 49).

Outrossim, conforme o artigo “Não vale tudo na decisão de pronúncia: exigência de prova e vedação de *in dubio pro societate*”, de autoria de Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Morais da Rosa, na data de 9 de outubro de 2020, o ministro Celso de Mello, em voto concedendo *Habeas Corpus* n. 180144,

[...] o sistema jurídico-constitucional brasileiro não admite nem tolera a possibilidade de prolação de decisão de pronúncia com apoio exclusivo em elementos de informação produzidos, única e unilateralmente, na fase de inquérito policial ou de procedimento de investigação criminal instaurado pelo Ministério Público, sob pena de frontal violação aos postulados fundamentais que asseguram a qualquer acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

[...] os subsídios ministrados pelos procedimentos inquisitivos estatais não bastam, enquanto isoladamente considerados para legitimar a decisão de pronúncia e a consequente submissão do acusado ao Plenário do Tribunal do Júri (MELLO, voto do STF).

Ainda, de acordo com o artigo, a partir do que disciplina o Código de Processo Penal a respeito do necessário para a pronúncia, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação.

Primeiro, uma vez que o acusado deve provar algo (instruir de provas o processo para provar sua inocência) já há violação do direito à defesa, pois este se pauta no contradizer dos argumentos elencados pelo membro ministerial. Ao passo que a defesa (técnica ou pessoal) deve se ocupar de produzir provas em prol do convencimento do juiz, pela inocência do acusado, já ao macular do direito à defesa.

Assim nos ensina o professor Aury Lopes Jr., que, em sua já mencionada obra *Direito Processual Penal*, afirma que o ônus da prova deve sempre pertencer à acusação, sob pena de desrespeito ao devido processo legal.

Além disso, deve-se mencionar a vulnerabilidade de todo e qualquer cidadão que ocupa o banco dos réus, pois sempre há disparidade entre a força do poder estatal que acusa o indivíduo, com poderes, inclusive, de restringir-lhe a liberdade, e a fragilidade daquele que se encontra sob ameaça, sem os aparatos equivalentes ao Estado, para dele defender-se, como já demonstrado acima.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, ultimamente, vem se manifestando a respeito das decisões de pronúncia, inclusive negando sua viabilidade quando baseada apenas em inquérito policial.

Assim, julgando *Habeas Corpus* de paciente preso preventivamente e pronunciado em razão de inquérito, o Supremo Tribunal Federal, para além de revogar a prisão, despronunciou o acusado, alegando a fragilidade da decisão, baseada, apenas, em fase pré-processual.

Segundo relator do caso, Ministro Sebastião Reis Junior, a sentença de pronúncia com base apenas em provas de inquérito é ilegítima, pois acaba se igualando a decisão de recebimento de denúncia.

De acordo com o magistrado, apesar de muitas decisões do STJ terem admitido a pronúncia do acusado, com base em indícios derivados de inquérito, sem considerar que tal posição afrontasse o art. 155 do Código de Processo Penal, outros julgados mais antigos da corte não aceitavam o juízo positivo de pronúncia sem apoio de prova produzida sob o crivo judicial.

Ainda nesse sentido, argumenta o ministro Celso Mello que, após a Constituição Federal de 1988, não há mais espaço para o *in dubio prosocietate*. Já Sebastião Reis Júnior, que, em respeito ao princípio da presunção de inocência, o ônus da prova cabe ao Ministério Público, e, na decisão de pronúncia não deveria seguir rumo contrário; menciona, também, princípios como o contraditório e a ampla defesa.

Posto isso, o objetivo do presente tópico concentra-se em ventilar a discussão e questionar o princípio do *in dubio prosocietate*, como elemento suficiente para pronunciar a pessoa acusada.

Passemos, seguidamente à fase de plenário.

### **3.3.3. A fase de plenário**

No presente subtópico, esta pesquisa abordará a questão da paridade de armas entre as partes, tratando, primeiramente, da descrição do Tribunal do Júri e, em seguida, dos aspectos que levam à paridade ou à desigualdade de armas.

Para tal, primeiramente, será apresentada, de forma descritiva, a formação do Plenário do Júri, para, em seguida, o foco recair sobre as questões testemunhais.

O Plenário do Júri é formado, inicialmente, por juiz togado – que ocupa a função de presidente do plenário – e vinte e cinco jurados que, dentre eles, sete serão escolhidos para compor o conselho de sentença, conforme artigo 447 do Código de Processo Penal. Após isso, a seleção ocorre pelo sorteio dos jurados, que tem como principal responsável o juiz, mas que também dispõe de absoluta permissão para exprimir suas respectivas opiniões, o advogado de defesa e promotor, pois a ambos é dada a possibilidade de aceitar ou recusar o alistado, embora a decisão final compita ao magistrado. Outrora, a escolha se fazia conforme a confiança do magistrado naqueles que ele considerava pessoas aptas a exercer a função de jurados. Hoje, em grandes comarcas, esse critério seria absolutamente inviável, logo a escolha ocorre de forma totalmente aleatória.

Caso haja qualquer irregularidade perceptível pela acusação, defesa, ou mesmo qualquer pessoa do povo, o recurso em sentido *stricto*, por força do art. 581, inciso XIV do Código de Processo Penal, manifesta-se instrumento necessário para possível modificação da decisão. Também é legítima a apresentação do recurso por jurado que se sinta excluído de forma pouco afeita aos critérios de justiça.

Além disso, o artigo que dispõe a respeito da escolha dos jurados no Código de Processo Penal é o 425, que, por sua vez, entra em contradição com a Lei Complementar 35/79. art. 104, pois, nos vernáculos do professor Nucci,

Menciona a lei que, anualmente, serão alistados vários jurados –variando o número conforme o porte da Comarca – para servirem durante o período de sessões do ano seguinte. Em tese, pois, o corpo de jurados deve ser substituído todo ano, pois, do contrário, não haverá sentido em existir o art. 425 do CPP, bastando que o magistrado fizesse a seleção uma única vez, prorrogando-a indefinidamente. Entretanto, na prática, muitos juízes preferiram reeditar a lista dos jurados, ano após ano, terminado por estabelecer a figura do jurado profissional (NUCCI, 2008, p. 117).

Certamente, “profissionalizar” o cargo de jurado, ou mesmo tornar alguém íntimo ao julgamento alheio, desvirtua por completo o objetivo do julgamento por seus pares, que, como já discorrido em capítulos anteriores, além de ter como finalidade o julgamento por pessoas do

povo, também apresenta a importância de não incorrer nos vícios inerentes a qualquer ser humano que pratique com habitualidade determinada atividade ou função.

Assim, o jurado, por não ocupar diariamente ou semanalmente a cadeira dos julgadores, inconscientemente faz daquele momento algo que exija atenção de ambos os argumentos, ouvindo-os, não como aquele que já conhece o que será apresentado, mas sim como aquele que julgará outrem, em um universo desconhecido, a partir de teses que talvez nunca antes lhes tenham sido apresentadas.

Seguidamente à escolha de sete jurados, estes recebem todas as instruções necessárias para que ocorra um plenário sem percalços – ou seja, sigilo de votação, cláusula de incomunicabilidade – assim como tomam conhecimento da importância de seus votos fundados da ínfima convicção, mas no compromisso próprio e individual com suas respectivas consciências e, por fim, o resumo do processo, acusação, memorial e sentença de pronúncia. Após esse momento, inicia-se, de fato, o plenário.

Inicialmente, são realizadas as oitivas para, em seguida, passar para a fase de arguições entre acusação e defesa, para, por fim, encerrar-se o plenário e iniciar o momento da votação – objeto de estudo do próximo tópico. Nesse momento, voltemos os olhos para a fase de oitiva nos plenários.

Em casos de acusação por tentativa de homicídio (art.121º, c.c art. 14º) eventualmente a vítima é a primeira a ser ouvida pelo juiz, o responsável pelo inquérito. Pois, muito embora o juiz natural seja o colegiado de jurados, o magistrado permanece o presidente do plenário.

Após a oitiva da vítima, iniciam-se as tomadas de depoimentos das testemunhas, e nesse momento, far-se-á alguns apontamentos a respeito de como a má condução da prova testemunhal pode ser nociva à questão da paridade de armas entre as partes. Via de regra, a autoria do delito de homicídio é provada por meio de testemunhas, devidamente ouvidas em plenário, perante os jurados, anteriormente elencadas tanto pela acusação como pela defesa em plenário. Dessa maneira, o conjunto desses depoimentos, ao final, se torna prova da autoria do acusado.

Tal autoria ocorre por meio de reconhecimento da pessoa, ou, caso a pessoa acusada não esteja presente no plenário, por meio de reconhecimento fotográfico.

Todavia, todo e qualquer ser humano está sujeito a incorrer em um desvio de memória denominado “falsas memórias”, que, por sua vez, incorre em absoluta desigualdade entre as

partes, pois, como será demonstrado a seguir, essa deturpação mnemônica não está isenta de uma formação no estereótipo desvalorizado que compõe a “imagem”, no senso comum, do “bandido” e do “cidadão de bem”. Assim, a união entre três elementos: falsa memória, punibilidade por estereótipo desvalorizado e, por fim, a neutralidade exigida da testemunha em seu depoimento no processo penal leva ao prejuízo do réu e, por conseguinte, ao prejuízo da paridade de armas entre as partes.

#### **3.3.4. A quesitação**

No presente subcapítulo da dissertação, propõe-se a discussão de alguns aspectos da quesitação no Tribunal do Júri que dizem respeito ao direito à defesa e à paridade de armas com a acusação.

De início, importante saber que, após os debates entre as partes em fase de plenário, a fase de quesitação conceitua-se como o momento em que os jurados votarão pela absolvição ou condenação do acusado. Se até três jurados votarem no não reconhecimento de materialidade e autoria, encerra-se a votação, ensejando a absolvição da pessoa acusada. Ao passo que, se os jurados reconhecerem a materialidade do crime e a autoria, lhes é realizado o seguinte questionamento: o jurado absolve o acusado?

Desta feita, caso seja negativa a resposta, e condenado for o réu, iniciam-se as perguntas relativas às atenuantes e agravantes da condenação.

A votação possui caráter absolutamente binário, resumindo-se ao sim ou não a todos os questionamentos.

A partir dessa breve descrição, voltemos os olhos para quais elementos desse conjunto de procedimentos caminham ao encontro, ou de encontro, à paridade de armas entre acusação e defesa.

A súmula 162 do Supremo Tribunal Federal afirma ser “absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes”.

Nesse mesmo sentido, advoga a decisão do ministro Eros Grau, na Suprema Corte.

Segundo o impetrante, o fato de constar no primeiro quesito a expressão “promoveu asfixia por estrangulamento”, configura constrangimento ilegal, nos termos da Súmula 162/STF. A alegação é improcedente. O Juiz descreveu o objeto utilizado na prática do crime como sendo uma corda ou algo semelhante, cuja potencialidade, obviamente, seria a de causar asfixia por estrangulamento. Apesar de a inserção desses termos no quesito relativo ao fato principal ser inconveniente, não é correta a afirmação de que a circunstância agravante (*rectius*: qualificadora) antecedeu aos quesitos correspondentes às circunstâncias atenuantes[HC 84.560, rel. min. Eros Grau, 1ª T, j. 13-9-2005, DJ de 3-2.2006.]

Nesse mesmo sentido decidiu o Sepúlveda Pertence, na mesma.

É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício: Súmula 160, que alcança precisamente as nulidades absolutas –com relação às quais veio a pacificar a divergência anterior –, pois, quanto às nulidades relativas, na hipótese, é óbvia e incontroversa a ocorrência da preclusão. II. Júri: quesitos da legítima defesa: excesso culposo ou doloso: acolhido o entendimento de que, negada a moderação da defesa, se deve indagar ao Júri tanto do excesso doloso quanto do excesso culposo, a orientação da Súmula 162 tenderia a indicar a precedência do quesito referente à qualificação culposa do excesso, mais favorável à defesa. [HC 76.237, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, 1ª T, j. 14-8-1998, DJ de 25-9-1998.]

Essa ideia já fora concebida por Igor Alves Norberto Soares, conforme nos descreve a obra *O Tribunal do Júri e sua compreensão processualmente democrática*

A formulação dos quesitos traz tamanha divergência que Lenio Streck, já em 2001, observara a necessidade de alterar a resposta aos quesitos segundo as teses levantadas. Para tanto, “para cada tese defensiva corresponderia a um quesito específico a ser votado segundo a ordem de prejudicialidade, ou seja, segundo a ordem de prejuízo ao acusado, sustentando “primeiro o da tese que produz a desclassificação, depois o da negativa de autoria, seguindo-se o da negativa de materialidade e finalizando-se com os relativos às excludentes” de ilicitude e culpabilidade, apreensão parcialmente adotada pelo legislador na Reforma (SOARES, 2016, p. 159).

Tal posicionamento está em total convergência com aquilo que se espera de um processo penal democrático, pois deve-se sempre ressaltar que a paridade de armas entre acusação e defesa implica em cumprir a máxima jurídica, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Para tal, deve-se considerar o réu sempre vulnerável e, em razão de sua fragilidade processual, digno de alguns direitos que não recaem sobre a parte contrária. Dentre esses direitos, inclui-se o de que todas as teses defensivas devem ser julgadas anteriormente às teses acusatórias. De modo que, em depender do questionamento, caso os jurados respondam favoravelmente à tese pró-réu, sequer são postas em questão as teses do *parquet*.

Destarte, a obra Igor Alves Norberto Soares, para além do que já fora colocado, nos levanta contundentes críticas ao parágrafo único do art. 482, que assegura ao magistrado o direito de utilizar-se da pronúncia para realizar o questionário. Com muita eloquência, ao mês aos olhos garantistas do processo penal, afirma que, tal dispositivo legal vai de encontro aos pilares do processo penal acusatório, que afirmam a necessária cizânia entre as funções de

juiz julgador e acusador, e, por conseguinte, como já fora demonstrado na presente pesquisa, tornar defeso ao julgador a gestão das provas nos autos.

Desse modo, se os questionários da fase de votação são formulados com base, dentre outros pontos, na pronúncia, que fora proferida por magistrado da primeira fase do rito do Tribunal do Júri (que, por sua vez tomou decisão *in malam partem*, caso contrário o acusado não teria sido pronunciado), evidentemente que serão utilizados instrumentos, elaborados por juiz, de modo a beneficiar a parte acusatória. Salta aos olhos que, certamente, há violação do processo penal acusatório, e, principalmente, há impedimento à paridade de armas entre acusação e defesa na fase de quesitação, uma vez que aquela “recebe o apoio” do magistrado responsável pela pronúncia da pessoa acusada.

Nesse mesmo sentido advoga Igor Alves Noberto Soares ao afirmar que

A dinâmica adotada na quesitação fere o sistema acusatório ao perceber a elaboração dos quesitos, pelo juiz presidente, sempre de acordo com pronúncia e não com base na denúncia apresentada pelo Ministério Público. Portanto, há evidente limitação da extensão denunciativa mais uma vez pelo juiz, não pelo órgão acusador, fato que contribui também para a definição do tipo penal pelo magistrado e que destoa da separação democrática do papel dos sujeitos processuais, função precípua do Ministério Público (SOARES, 2016, p. 159).

Igualmente, para pensarmos em paridade de armas em fase de quesitação, o comparecimento das partes, ao menos do defensor, ao momento da votação faz-se imprescindível, uma vez que, possui este o dever (em prol da eficácia da defesa) de arguir imediatamente no momento da votação, caso perceba que os quesitos foram elaborados de modo a prejudicar as teses defensivas ou, ainda, se perceber alguma outra irregularidade.

Em razão de se tratar de nulidade absoluta a ausência das partes no momento da quesitação (isso é, se por ventura, o presidente convocar os jurados à ausência do defensor) por ter o causídico à responsabilidade de verificar se os direitos da pessoa acusada estão sendo respeitados, tal ato é passível de nulidade absoluta, de modo que, pode ser alegado a todo e qualquer tempo de jurisdição.

Eis, como descrito, a importância da paridade de armas no momento de quesitação do Tribunal do Júri, e, principalmente, da importância do zelo aos direitos da pessoa acusada nessa fase do rito.

Posto isso, passemos ao próximo e último capítulo da presente dissertação, que se volta aos recursos processuais compatíveis com o Rito do Tribunal do Júri, para que possam ser assegurados os princípios processuais penais em prol do direito à defesa da pessoa acusada.

## **CAPÍTULO 4– MECANISMOS ASSECURATÓRIOS DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APURAÇÃO E NO JULGAMENTO DE CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Como nos ensina Norberto Bobbio em sua obra *A era dos Direitos*, a grande questão que se deve enfrentar hoje, ao se tratar de direitos humanos, é como protegê-los.

Portanto, partindo dessa premissa, o presente capítulo se propõe a avaliar mecanismo que possibilita a proteção dos princípios constitucionais dentro dos processos julgados por competência do Tribunal do Júri, tais como o direito à defesa e o devido processo legal. Mas o objetivo do presente tópico aplica-se a como proteger esses direitos processuais constitucionais, por meio dos recursos processuais penais, presentes no Código Processual Penal. Para além disso, de forma breve, a pesquisa permeia outros pontos que auxiliam no zelo pelos princípios constitucionais à pessoa acusada, para além do processo legal, da ampliação e do fortalecimento da instituição Defensoria Pública dos Estados e assegurar educação em direitos humanos no Brasil. Vejamos abaixo, com a devida cautela, cada tópico.

Destarte, ao se tratar da fase de apuração dos crimes de competência do Tribunal do Júri, caso a pessoa acusada veja ameaça à sua liberdade, de maneira desrespeitosa aos princípios constitucionais, dentre eles o devido processo legal; a Constituição, em seu art. 5, inciso LXVIII, faculta ao acusado utilizar-se de remédio constitucional *Habeas Corpus* em prol da proteção de seu bem fundamental. Importante ressaltar que tal remédio não deve ser considerado recurso, uma vez que

[...] de autêntica garantia humana fundamental, cuja utilização se viabiliza por meio de ação autônoma, podendo, inclusive, ser proposta contra decisão que transitou em julgado. Considerando-o como autêntica ação e não recurso (NUCCI, 2008, p. 425).

Dessa maneira também compreendem outros luminares do Direito pátrio, tal como Pontes de Miranda e Antônio Magalhães Gomes Filho.

Assim, no decorrer da apuração, ao tratar, por exemplo, de caso de inquérito policial que não manifesta justa causa para seu trâmite, ou o indiciamento do suspeito sem justa causa para tal; o remédio utilizando contra essas arbitrariedades é o *Habeas Corpus*.

Entretanto, deve-se recordar que, em fase de inquérito, aos olhos de majoritária doutrina e jurisprudência, deve prevalecer a fase inquisitorial do conjunto de procedimentos, de modo que, o *in dubio pro réu* não poderá se sobrepor ao *in dubio pro societate*. Portanto, conforme entende o Supremo Tribunal Federal, não havendo provas cabais da negativa culpa da pessoa

acusada, deve prevalecer o andamento do inquérito, em detrimento do pedido de *habeas corpus* requerendo o trancamento daquele.

Todavia, se voltarmos os olhos à visão garantista do processo penal, que o entende como acusatório nosso sistema processual e, portanto, não deve haver a prevalência do modo inquisitorial, inclusive na fase administrativa, questiona-se (a presente dissertação não se propõe a concluir atingindo resposta, mas apenas a ventilar a questão) o inquérito poderia e deveria ser trancando por força do remédio constitucional *Habeas Corpus*, em prol do paciente, quando não fundados elementos para manutenção deste. A visão acusatorial do processo penal, sustentada, inclusive, por Aury Lopes Jr., leva ao desenvolvimento desse raciocínio.

Outrossim, o *Habeas Corpus* também manifesta-se o remédio exato em prol do trancamento de ação penal, não apenas em se tratando de liberdade já restrita do indivíduo, mas, da mesma forma, quando verifica-se a clara ameaça a esse direito constitucional, o de ir e vir. Afinal, após o recebimento de denúncia, há a clara intenção do Estado em retirar a liberdade (ao depender do tipo penal ao qual se enquadra a ação penal) do indivíduo, contra a possibilidade de defesa de seus direitos. Assim, trata-se de algo de extrema gravidade, por isso, se não estiver inteiramente embasada na legalidade, torna-se passível de ser contraposta por *Habeas Corpus*. Tal assertiva toma como base a segunda parte do dispositivo constitucional que explana a respeito do remédio em tela discutido.

E, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa do relator Canellas de Godoy, “para combater ilegalidades flagrantes, poupando o paciente de eventuais sofrimentos e a sociedade de processos inúteis”.

Esse cuidado em requerer robustez o suficiente para se adentrar com ação penal em face de um indivíduo é o mínimo que se possa exigir em Estado Democrático de Direito, pois, como afirma Guilherme de Souza Nucci,

Afinal, o ajuizamento de ação penal contra alguém provoca evidente constrangimento, havendo registro em sua folha de antecedentes, bem como servindo de base para, a qualquer momento, o juiz decretar medida restritiva da liberdade, em caráter cautelar (NUCCI, 2008, p. 426).

Conforme pensamento que se tornou senso comum jurídico, mas nem por isso perdera sua veracidade, em Estado Democrático de Direito, caso a liberdade de um indivíduo seja retirada em desrespeito aos sustentáculos processuais constitucionais, não há ofensa apenas à pessoa diretamente afetada, mas a toda a sociedade.

Em outro momento o *Habeas Corpus* manifesta-se pertinente e que, em detrimento ao direito da efetiva defesa, tem se tornado bastante comum, é o indeferimento de produção de provas de suma importância para a defesa, em fase de formação de culpa.

No âmbito do Tribunal do Júri, que, como já visto, possui peculiaridades, como, por exemplo, a fase de pronúncia, o *Habeas Corpus* recebe função inerente a esse rito processual, ao começar por sua atuação em caso de pronúncia prolatada inadequadamente contra a pessoa acusada.

Outrossim, há questionamento da doutrina a respeito do quão violador à soberania do Tribunal do Júri; manifesta, ou não, ao Tribunal acatar *Habeas Corpus* em face de sentença já transitada em julgado.

Por força do art.648, incisos I e V: nos casos em que não houver justa causa para ação, ou for essa manifestamente nula.

Nesse aspecto, como sabiamente nos orienta o processualista Guilherme de Souza Nucci, não há supressão da soberania do Tribunal do Júri nos presentes casos mencionados, pois trata-se de decisão não no mérito do processo, mas sim no que compete às questões processuais e de garantias fundamentais ao acusado.

Registra-se que, na hipótese supra, não se trata de decisão de mérito propriamente dita (verificação da veracidade ou não da imputação fática realizada pelo órgão acusatório), subtraindo a competência constitucional dos jurados, implicando no acolhimento ou na rejeição do pedido, mas condições para que subsista a ação penal, possibilitando então, o julgamento da eventual culpa do acusado (NUCCI, 2008, p. 428).

Nesse sentido, voltemos ao início da finalidade do processo penal, que, para a visão garantista que a presente dissertação adota, para muito além da persecução penal, o processo visa assegurar direitos da pessoa acusada, tutelando-a, inclusive em sua vulnerabilidade. Por isso, o rito do Tribunal do Júri, inclusive seus princípios, como a soberania tem o compromisso com os direitos fundamentais daquele que ocupa o banco dos réus. Portanto, se, manifestamente apresenta-se condenação proferida pelo soberano veredito que, avilta direitos como direito à prova, devido processo legal (que levam a materialidade e nulidade) nada mais coerente e legítimo do que o decreto de nulidade por meio de remédio constitucional.

Salta aos olhos que, em se tratando de Tribunal do Júri, o remédio constitucional *Habeas Corpus* visa assegurar direitos que poderiam ser pleiteados por via de outros recursos, como, no último exemplo mencionado, a Revisão Criminal.

Passemos, então, a discorrer a respeito de dois recursos (a presente dissertação opta por concentrar atenção em apenas dois dentre os vários recursos que asseguram princípios que foram violados em instâncias inferiores no Tribunal do Júri) utilizados de sobejo no rito discutido na presente pesquisa, que objetivam garantir e efetivar princípios constitucionais.

Para tal, tomaremos como base a obra *O novo Tribunal do Júri*, de Amaury Silva.

O autor, também preocupado e atento ao respeito à soberania do veredito, que, por sua vez, nada mais significa do que respeito à Constituição Federal, leva em consideração que também há o princípio do duplo grau de jurisdição, outra garantia constitucional. E, de acordo com o autor, o princípio da proporcionalidade pode e deve ser o resoluto ao aparente conflito.

Nesse aparente confronto, o princípio da proporcionalidade funciona como instrumento para a prevalência de um ou do outro dependendo do caso concreto, sem que tal solução impeça de antemão o respeito a qualquer dos princípios enumerados, nem a valorização de um em detrimento do outro (SILVA, 2014, p.333).

Assim, por força do art. 579 do Código de Processo Penal, a irresignação de qualquer das partes deve ser aproveitada, mesmo que permeada por qualquer equívoco. Deve-se aproveitar o que há de útil para a compreensão e formulação do recurso, evidentemente, desde que não haja má-fé. O que, para a jurisprudência, o autor menciona como exemplo, o ato de apresentar recurso diverso do cabível, mas que se enquadrano prazo, após a perda desse.

Salta aos olhos a imensa distinção, no caso mencionado, em assegurar direitos da pessoa acusada e vilipendiar a legislação processual penal, o que, não raras vezes, o senso comum confunde na atuação dos causídicos criminalistas, inclusive, os meios de comunicação utilizam-se de tal recurso para investir contra a defesa de direitos fundamentais daquele acusado de cometer qualquer ato típico.

Também, em prol da defesa das garantias da pessoa acusada, ao apresentar objetos de recursos tangíveis e aproveitáveis a diversos e distintos agentes (quando a concurso de agentes), faz-se imprescindível, com fulcro no art. 580 do Código de Processo Penal, o seu aproveitamento.

Passemos, agora, a discorrer a respeito do Recurso em Sentido Estrito.

Previsto no art. 581 do Código de Processo Penal, o Recurso em Sentido Estrito é de grande importância no rito processual do Tribunal do Júri, pois é apresentado para expressar a irresignação pela pronúncia proferida por juiz. Assim, em primeira fase do processo, caso algum

direito da pessoa acusada tenha sido violado e, esse, em decisão de pronúncia, o juiz tenha ratificado a violação (mantendo-se silente diante do prejuízo ao réu, sendo o magistrado o principal zelador dos direitos da pessoa acusada), cabe ao causídico interpor o Recurso em Sentido Estrito a essa decisão.

Além disso, se o acusado não se conforma com a decisão de pronúncia pelo mérito da decisão, mesmo que tenham-lhe sido assegurados todos os direitos individuais, compete ao defensor propor Recurso em Sentido Estrito.

Em se tratando de acusado defendido pela Defensoria Pública do Estado, esse recurso pode, e deve, ser posto pelo defensor, mesmo que, o acusado não manifeste o ânimo de recorrer da decisão de pronúncia; sempre que o defensor entender benéfico ao cidadão acusado irresignar-se com a decisão. Esse aspecto é corolário da efetividade do direito à defesa técnica, pois compete ao advogado a detenção do saber jurídico; sempre será da responsabilidade do profissional lançar mão dos meios necessários para fazer jus ao art. 5º, inciso LV da Carta Constitucional.

Além da decisão de demonstrar irrisignação da decisão de pronúncia (especificidade do Tribunal do Júri, por isso mencionada em primeiro lugar) o Recurso em Sentido Estrito também tem a função, em processo do Rito do Tribunal do Júri para demonstrar inconformismo com as seguintes decisões judiciais:

[...] não recebimento da denúncia ou queixa, conclusão pela incompetência que, da mesma maneira, viola os direitos da pessoa acusada de acesso ao juiz natural, procedência de exceções, salvo a exceção desuspeição, decisão judicial sobre fiança, concessão de liberdade provisória e relaxamento de prisão em flagrante; extinção de punibilidade e rejeição de pedido com esse desiderato; decisão em *habeas corpus* pela concessão ou negação em primeira instância, anulação da instrução processual, inclusão ou exclusão de jurado da lista geral; denegação de apelação ou decisão pela sua deserção; suspensão de processo, em virtude de questão prejudicial; julgamento do incidente de falsidade (SILVA, 2014, p. 334).

Posto isso, assim como processos de varas singulares, diante da irrisignação da sentença proferida com base nas decisões do veredito, compete à parte inconformada adentrar com o recurso “apelação”. Assim, por força do art. 593, inciso III do Código de Processo Penal, compete à apelação demonstrar discórdia de decisões após a pronúncia devidamente proferida, caso o presidente do plenário (juiz) profira sentença contrária a decisão dos jurados, equívocos, voluntários ou não, em relação à aplicação da pena ou medida de segurança ou, e este será o ponto ao qual a pesquisa voltará sua maior atenção, caso a decisão dos jurados, manifeste-se contrária à prova dos autos.

Notório manifesta-se que, em se tratando dos casos acima, exceto o último, não há maiores controvérsias jurisprudenciais ou doutrinárias a respeito, sendo comum a concórdia com os parágrafos primeiro e segundo, que outorgam ao Tribunal *ad quem*, a retificação do equívoco do tribunal *ad quo*, caso aceita e verificada a legitimação do inconformismo do apelante.

Já em se tratando da apelação fundada na alínea d, inciso III (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos) não caberá aos doutos desembargadores a reforma da decisão, em respeito à já mencionada à exaustão, soberania do veredito. Portanto, ao concordar com o mérito da decisão, deverá devolver os autos à instância inferior, ordenando que o sentenciado seja submetido a novo plenário, com novo corpo de jurados, como disposto no §3º do dispositivo em questão. Todavia, se após o novo julgamento ainda persista alguma irresignação, ela não poderá ser objeto de próxima apelação.

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça ratifica o protesto por novo júri em se tratando de manifestação contrária à prova dos autos, conforme segue em jurisprudência abaixo mencionada. “A decisão que anula o julgamento do Júri, quando a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, não viola o princípio da soberania do Júri” (HC 10.378-CE, rel. Edson Vidigal, 23.11.1990, v.u., DJ 13.12.1999, P. 165).

Todavia, há sempre o eminente risco de que o tribunal *ad quem* atue como “supervisor do conselho de sentença”, verificando o mérito, mesmo que não o adentre, avaliando a decisão dos jurados, o que se torna inconstitucional.

Como afirma Nucci

Não se trata de atribuição do tribunal *ad quem* de reavaliar a prova e interpretá-la à luz de doutrina ou de jurisprudência majoritária. Cabe-lhe, unicamente, confrontar o veredito dos jurados com as provas colhidas e existentes nos autos, concluindo pela harmonia ou desarmonia entre ambas (NUCCI, 2008, p. 564).

Nessa toada, defende o estudioso que, o tribunal apenas poderá providenciar à apelação, submetendo o sentenciado a novo julgamento, caso esta seja explícita a não verificação de provas que levem à materialidade e autoria, ou até mesmo que não haja qualquer verificação da qualificadora em questão.

Porém, manifesta-se de suma importância, em prol de assegurar os direitos humanos da pessoa sentenciada, a possibilidade de revisão da sentença, uma vez, e não sendo raro, que há sentença que vai muito além do ato cometido.

Salta aos olhos, como verificado em jurisprudência acima, a excessiva utilização de qualificação do crime de homicídio, enquadrando o fato em qualificadoras que destoam do conceito que melhor técnica lhe incumbe. Diante disso, a pesquisa se confronta com a seguinte questão, será que excessiva qualificação não se oportuniza do fato de que aos jurados não compete avaliação técnica? Se sim, não compete ao Tribunal, detentor do conhecimento técnico jurídico, em respeito aos direitos da pessoa acusada, interferir no mérito, retirando as excessivas e equivocadas qualificadoras?

Para tentar analisar essa questão, vamos ilustrar com uma qualificadora, meio cruel, (temas de apelação) presentes no crime de homicídio, como, não raras vezes, são apresentadas pelo *parquet* destoante do que lhe conceitua a sapiência jurídica.

Pensemos pelo meio cruel. Se, no crime de homicídio, representado no corpo dos julgados, o meio cruel é aplicado indiscriminadamente, evidencia-se que, todo crime de homicídio é um ato de crueldade, mas, e em razão disso, a qualificadora de meio cruel (destaque para a palavra “meio”) existe para majorar a pena daquele que lança mão de meio mais cruel do que o necessário ao cometimento do ato, em prol da mesma finalidade. Excetuando esse modo, operando para melhor doutrina, não há a existência do meio cruel.

Meio cruel é a forma brutal de perpetrar o crime, é meio bárbaro, martirizante, que releva ausência de piedade, v.g., pisoteamento da vítima, dilaceração do seu corpo a facadas etc. Meio cruel é o que causa a este sofrimento desnecessário. Pelo meio cruel o agente objetiva o padecimento de sua vítima; revela sadismo. Não é outra orientação da própria Exposição de Motivos, ao afirmar que meio cruel é o que “aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade (Exposição de Motivos, nº 380) (BITENCOURT, 2014, p. 89).

Frequentemente as qualificadoras proferidas em sentença levam a graves equívocos técnicos, apenando o acusado para além do que determina a técnica jurídica. Entretanto, se ao tribunal apenas compete a decisão por novo plenário de júri, devolverá a apreciação dessa parte técnica a quem não lhes cabe. Diante disso, respondendo ao questionamento com que se defronta a pesquisa, em caso de qualificadoras, não cabe ao tribunal a exclusão destas; decide a jurisprudência majorante, como segue abaixo.

Outro ponto que certamente seria mecanismo de assegurar direitos fundamentais é a educação em direitos humanos para a população vulnerável do nosso País, pois o Direito não possui maiores forças como instrumento de modificações estruturais na sociedade, mas sim como meio de aplicação de garantias já conquistadas por meio de lutas sociais. Todavia, os direitos fundamentais presentes na nossa Carta Constitucional, em razão de desigualdades

políticas e econômicas, acabam por ser usufruídos por mínima parcela da população brasileira, ao passo que, para tantos outros, são meras alegorias jurídicas.

Certamente, o caminho que se pode traçar para a modificação concreta dessa realidade está na educação. Mas não como um lugar-comum, que há muito esta expressão “a solução pela educação” ocupou, e sim por meio de formação sólida fundamentada em aportes teóricos para se compreender, com lentes mais críticas e aprofundadas, a realidade material na qual o Direito é aplicado ao sair das páginas constitucionais.

Todavia, o Direito é uma ciência social aplicada e um fato social e, como tal, não se basta no mundo das ideias, discursos e compreensões, urgindo por aplicação prática que, de fato, garanta o acesso à Justiça universalmente, e, a partir desse acesso, a tantos outros direitos.

Igualmente, e como já demonstrado ao longo da pesquisa, não por acaso, a camada da população alijada de seus direitos fundamentais é a mesma que os desconhece e, como consequência, a principal vítima da violência institucional, sendo também e a mais visada pela denominada “seletividade criminal”. As pessoas que são abordadas por seus fenótipos sociais, por cometerem os chamados “crimes burdos”, por possuírem acesso negativo ao poder político e à comunicação massiva, causam menores empecilhos às autoridades, caso queiram cometer atos violentos e arbitrários. São vítimas de prévia criminalização, por serem consideradas “inimigas” da ordem.

Outrossim, a ideia da educação em direitos humanos usa-se para opor ao discurso majoritário, o ensino de direitos humanos se propõe a irradiar determinada cultura que irá, certamente, na contramão dos discursos virulentos e odiosos e simplificadores do conceito de direitos humanos. Assim, aqueles e aquelas aos quais foi proporcionado o acesso ao entendimento de direitos fundamentais, certamente não serão tão vulneráveis às frases inconstitucionais proferidas por executores morais, confundidas erroneamente com liberdade de expressão. Poderão, a partir de suas próprias análises, moldar suas lentes para uma visão crítica que os faça perceber, inclusive, que a maior vítima de um discurso inflado contra os direitos humanos podem ser seus próprios interlocutores.

Nesse sentido pensou a estudiosa Adelaide Alves Dias, que, em seu texto “A escola como espaço de socialização da cultura em direitos humanos”, afirma que a educação, visando oferecer condições de acesso aos conhecimentos acumulados ao longo da história da

humanidade, concede às escolas função social e, conseqüentemente, forma sujeitos capazes de se tornarem agentes na defesa por direitos humanos e também na luta para conquistá-los.

Obviamente, estamos falando de uma educação que privilegia os processos educativos que tenham como objetivo formar cidadãos críticos e atuantes numa determinada sociedade. Uma educação que não discrimina, que promove o diálogo, a solidariedade, o respeito mútuo, a tolerância, e, sobretudo, a autonomia e a emancipação dos sujeitos envolvidos (DIAS, 2009, p. 2).

Ainda

A cultura de direitos passa, necessariamente, por um efetivo diálogo entre saberes e práticas humanizadoras que conferem sentidos e significados à participação efetiva de todos os envolvidos no processo educativo que se desenrola na escola. Daí a importância da educação em Direitos Humanos (idem).

Dessa feita, como nos demonstra o texto “O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos”, do ano de 2006, objetivou realizar ações para além do ensino teórico, em benefício da conscientização de cidadãos e cidadãs e do respeito aos direitos humanos.

Certamente, a aplicação prática desse projeto seria uma das formas essenciais de assegurar direitos e princípios presentes no Código de Processo Penal e, principalmente, dispostos no art. 5º da nossa Constituição Federal, dentre eles, o direito à defesa técnica efetiva no rito do Tribunal do Júri.

## CONCLUSÃO

A conclusão que se faz possível alcançar por meio desta dissertação se concentra em responder ao questionamento que deu origem à presente pesquisa: o direito à defesa, como previsto em nossa sistemática constitucional e processual, manifesta-se suficientemente efetivo à classe vulnerável de nossa população brasileira no rito processual do Tribunal do Júri? Para responder a tal questionamento, concluindo o que fora pesquisado na presente dissertação, é importante dividir as vulnerabilidades para responder a tal questionamento.

Primeiramente, voltemos os olhos à vulnerabilidade processual, em que, como já explanado na dissertação, encontra-se todo e qualquer cidadão, ou cidadã, que ocupa o banco dos réus, recaindo sobre ele ação penal, uma vez que há a persecução penal, advinda do poder público em face do indivíduo, com a finalidade de retirar-lhe bens jurídicos, ao extremo, a liberdade.

Diante dessa vulnerabilidade processual, pode-se concluir, a partir da presente pesquisa, que os instrumentos jurídicos inerentes ao rito do Tribunal do Júri ficam aquém do que é necessário para garantir direitos fundamentais, principalmente o direito à defesa técnica efetiva. Passemos aos três pontos para analisar melhor o porquê da insatisfação.

Primeiramente, na fase de inquérito policial, o negligenciar do direito ao contraditório e, por conseguinte, o direito à defesa técnica faz com que o suspeito não possua condições de gozar de seus direitos fundamentais, ainda que sobre ele esteja recaindo o germe da ação penal, que, por sua vez, toma como base o que fora produzido em fase de delegacia. Portanto a desconsideração da imprescindibilidade do direito à defesa em fase de inquérito traz prejuízos contundentes ao suspeito, que repercute em fase processual *stricto sensu*, a partir do momento em que esse suspeito já se torna acusado.

Diante desse aspecto, a possível solução para diminuir prejuízos ao vulnerável em fase de inquérito seria considerar o suspeito legítimo merecedor das mesmas garantias das quais o acusado faz jus. Afinal, muitas delas, como o direito à defesa, com inversão do ônus da prova etc., têm como principal sentido dirimir a vulnerabilidade presente entre o Estado e o indivíduo a partir do início de uma ação penal. Porém, na existência de uma investigação e um suspeito em face de um ser humano, já há clara ameaça aos direitos do suspeito. Portanto, foge ao sentido considerar que, nessa fase processual, o acusado não faz jus ao contraditório e, por conseguinte, à defesa técnica.

Adiante, o vulnerável processual, a ótica da atual sistemática jurídica, encontra prejuízo em seu direito à defesa, dentre outros direitos, em fase de pronúncia, em que, ainda fincado em raízes do sistema inquisitivo, o ordenamento jurídico processual penal atende aos interesses da sociedade em detrimento da pessoa acusada (*in dubio pro societate*, em vez do *in dubio pro reo*). Nesse caso, obriga a defesa, em fase de instrução, a produzir provas, a produzi-las para justificar as teses da defensiva. Evidentemente, corrompendo, assim, a máxima do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito onde o ônus da prova pertence à acusação, facultado ao acusado, como nos ensina Aury Lopes Jr., apenas a defesa desta.

O ranço inquisitório do *in dubio pro societate*, ainda presente em nossa sistemática jurídica, poderá ser modificado, trazendo menores danos ao vulnerável processual, a partir do respeito aos princípios elencados no rol do art. 5º da Constituição Federal. Dentre eles, a necessidade da não violação à presunção de inocência, absolutamente ferida pela lógica inquisitorial em tela discutida. Expondo mais claramente, faz-se mister, para que o direito à defesa seja respeitado, que o Código de Processo Penal oriundo do período fascista de nosso País, o Estado Novo, adéque-se aos ditames da Constituição Cidadã, da redemocratização do Brasil. Percebe-se, como demonstrado ao longo da pesquisa, que alguns julgados e doutrinas estão voltados a modificar essa premissa inquisitorial em auxílio do atendimento às ordens constitucionais.

Outrossim, a plenitude de defesa da pessoa vulnerável processualmente também se percebe aquém do que deveria para, de fato, manifestar-se efetiva ao processualmente vulnerável. Desta feita, a paridade de armas entre acusação e defesa manifesta-se em situação de desigualdade ao começar pela posição espacial na qual encontram-se dispostas, o que, certamente, simbolicamente à desigualdade. A solução que poderia ser apontada nesse caso seria, ou o espaço do promotor igualar-se ao da defesa, ou ambos se postarem ao lado do presidente do Tribunal do Júri, isto é, do juiz, ou nenhuma das partes ocuparem essa posição.

Todavia, outra vulnerabilidade que salta aos olhos e fora debatida ao longo da pesquisa e, certamente, atinge o direito à defesa, situa-se elencada na questão social da pessoa acusada, questão essa que a dissertação opta por distinguir da vulnerabilidade econômica, pois aquela não se volta à questão social na qual encontra-se o réu, mas sim em de que forma a sociedade se relaciona com a pessoa acusada.

Evidentemente que esse aspecto está umbilicalmente relacionado à exposição midiática a que a pessoa acusada, caso o crime seja de “interesse” dos grandes meios de comunicação,

está submetida. Essa hiperexposição e desobediência das reais e democráticas motivações do princípio da publicidade no processo penal levam ao macular da plenitude de defesa, que, desde o início de sua exposição, travará desigual combate com toda a carga opinativa a quais os jurados absorverão. Não há como pensar em paridade de armas entre acusação e defesa, com acusados que, para além do processo penal, já foram incriminados pelo poderio midiático.

Esse problema, o qual a presente dissertação enfrenta, soluciona-se por meio dos veículos de comunicação, que, caso fossem coerentes com o devido processo legal, e o princípio da publicidade dentro dele, certamente noticiariam a ocorrência de determinado crime, porém, atendo-se a apresentar fatos, ao invés de, de antemão adjetivar ou, até mesmo, levar, muitas vezes por vias que fogem à razão, o interlocutor a entender culpado aquele que sequer fora julgado.

Outro aspecto que macula o direito à defesa em diversas das suas fases é a vulnerabilidade econômica na qual se encontram muitos dos acusados, em razão da seletividade penal e da criminalização secundária, nesta pesquisa já debatidas.

Desdeo início, em fase de inquérito, o suspeito economicamente vulnerável, por não possuir meios financeiros para contratar causídico que o defenda, encontra-se sem qualquer possibilidade de defesa técnica em fase de inquérito policial. Como já mencionado, há a possibilidade de defesa em fase de inquérito, mas não a obrigatoriedade pelo Estado de proporcionar essa defesa, sendo assim, não se pode afirmar que o contraditório e a defesa técnica são direitos dos quais o acusado vulnerável possa fazer jus.

Outrossim, em fase de instrução e plenário, percebe-se a ausência de contato direto e vínculo de confiança entre acusado vulnerável e defensor, pois, para este último, em locais onde há Defensoria Pública, a demanda de trabalho é tamanha, que não ele consegue abarcar o vínculo que se faz necessário à eficaz defesa técnica. Pior condição ocorre em comarcas que ainda não são respaldadas pelas Defensorias Públicas, restando aos acusados que necessitam de defesa, mas não têm condições de arcar com honorários, a dependência de advogados dativos, que, por dificuldades de estrutura, encontram limitações em proporcionar melhores defesas.

A presente dissertação entende que, para essa controvérsia, faz-se mister a expansão da Defensoria Pública dos Estados, ampliando os quadros de profissionais onde já existe a Defensoria e fincando raízes em comarcas ainda órfãs desse serviço público. Além disso, faz-se mister que esses profissionais possam dedicar-se integralmente ao rito do Tribunal do Júri.

Outro aspecto para concluir a presente pesquisa é a necessidade do ensino público dos direitos humanos para que a sociedade possa conhecê-los, pleiteá-los frente ao poder público, bem como reconhecê-los quando desrespeitados, seja pelos veículos de comunicação, seja, até mesmo, pelas esferas do poder jurídico, além de poder exercer o papel democrático de jurado, com consciência da finalidade do rito do Tribunal do Júri: o exercício de garantia dos direitos fundamentais.

Por fim, a presente pesquisa conclui que a defesa ainda não se faz efetivo no rito do Tribunal do Júri, e, certamente, a concretização dessas garantias de forma isonômica exige modificações em áreas que ultrapassam o saber e o operar do Direito.

## REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. São Paulo:Ed. Jurídica Brasileira Ltda., 1993.
- BARRETO, Lima.Os uxoricidas e a sociedade brasileira. In: *Bagatelas*. Rio de Janeiro: Editora Brasiliense, p. 168, 1961.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Ed. Edipro,2015.
- BENTO, PatriciaStucchi. O enfoque constitucional da decisão de pronúncia. 2006. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte Especial. Crimes contra a pessoa*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 1992. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BOSI, Alfredo. *Entre a Literatura e a História*. 1ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2013.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 57ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 84.560, rel. min. Eros Grau, 1ª T, j. 13-9-2005, DJ de 3-2.2006. jurisprudência
- \_\_\_\_\_. HC 76.237, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 14-8-1998, DJ de 25-9-1998.
- \_\_\_\_\_. HC 10.378-CE, rel. Edson Vidigal, 23.11.1990, v.u., DJ 13.12.1999, P. 165.Jurisprudência
- BRASIL, STF. Rcl 23.101, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 22-11-2016, DJE de 6-12-2016.
- \_\_\_\_\_. ADI 5.296 MC, rel. min. Rosa Weber, voto do min. Edson Fachin, P, j. 18-5-2016, DJE de 11-11-2016.BRITO Cezar. *Inviolabilidade do direito à defesa*. 3 ed. Minas Gerais: OAB, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*.São Paulo: Ed. Conah, 1995.
- COELHO, Marcus Vinícios Furtado;ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *A defesa técnica no processo penal*. São Paulo, 2003 Dissertação (Mestrado em) Pontifícia Universidade Católica.
- DE PLACIDO; SILVA. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. 2 v.

DIAS, Adelaide Alves. A escola como espaço de socialização da cultura em direitos humanos, 2009. Disponível em: [dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/04/4\\_3\\_adelaide.pdf](http://dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/04/4_3_adelaide.pdf)

DOZE homens e uma sentença. Direção: William Friedkin. Intérpretes: Courtney B. Vance, Ossie Davis, George C. Scott, (1h 57min) 1997.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *A Defesa Técnica no Processo Penal*. 2003. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. A Defesa Técnica na Constituição Federal e no Processo Comum do Código de Processo Penal Brasil. In: SILVA, Marco Antonio Marques (coord). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6 ed.Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29, 2002.FERREIRA, Lígia Fonseca. *Lições de resistência: artigos de Luiz Gama na imprensa de São Paulo e do Rio de Janeiro*.São Paulo: Ed. Sesc, 2020.

FEU ROSA, Jose. Direito Penal concreto. Brasília: Editora consulex, 1992.

FILHO, Pedro Paulo. Famosos Rábulas no Direito Brasileiro. São Paulo: Ed. JH Mizuno, 2007.

FOUCAUT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Ed. Vozes Ltda., 1977.

FRANCO MONTORO, André. Introdução à ciência do direito. 29ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 425, 2011.

FRÓES, Oswaldo. *Direito Romano: Essência da Cultura Jurídica*. Ed. Jurídica Brasileira.

GEORGIO, Luís Navarro. *Defesa do Réu na História do Processo*. 1994 Universidade de São Paulo, São Paulo 1994.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2ª ed. Ver. São Paulo: editora, 2011.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. São Paulo: Ed. Edipro, 2001.

KELSEN, Hans apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

LEGRAND, Geard, *Dicionário de Filosofia*. Lisboa, Portugal: Ed. 70, 1983.

LEAL apud NUCCI. Coronelismo, enxada e voto.3ª ed. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LIEBMAN, Enrico. *Tullio. Manuale didiritto processuale civile*, v. I/10 e 11. São Paulo: editora Malheiros, 1973.

LIMA, Carlos Araújo. *Os grandes processos do júri*. Rio de Janeiro. 4ª Ed. V. I

\_\_\_\_\_. *Os grandes processos do júri*. Rio de Janeiro. 4ª Ed. V. II.

\_\_\_\_\_. *Tribunal do Júri, grandes julgamentos do Tribunal do Júri*, v. I e II. 4ª ed. Freitas Bastas, 1954,

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal* 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1963.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Editora Novos Rumos, 1986.

MARTELLO FILHO, Wagner. Minas Gerais. Sistema Acusatório e Garantismo – uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, De Jure, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*. Comentários aos art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; Doutrina e Jurisprudência, 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

MORENO, Claudio; MARTINS, Túlio. O Direito como linguagem. In: *Português para convencer*. São Paulo: Editora Ática, p. 25, 2006. NASSIF, Aramis. *Júri. Instrumento da soberania popular*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

ORDEM dos Advogados do Brasil. *Ensino Jurídico: Parâmetros para Elevação de Qualidade e Avaliação*.

PEREIRA, Helayne Candido. Assessoria jurídica universitária popular – Ajup: aportes históricos e teórico-metodológicos para uma nova práxis extensionista do Direito. *Direito & Sensibilidade-artigo*, v.1 n.1, 2011. PINTO, Sobral. *Lições de Liberdade*. Belo Horizonte: Ed. Comunicação, 1977.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Trad. Maria Lacerda de Moura. Ed. Tecnoprint S.A..

PLATÃO. *As Leis: incluindo Epinomis*. 2ª ed. revista Ed. Edipro, 2010.

PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto. *Juri*. 4ª ed. Cidade: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva p. 279, 2011.

ROCHA, Leonel Seveiro (org.) *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994.

SANTIAGO NETO, José de Assis. O devido Processo Legal e o (in)devido processo legal. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3. n. 1, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP, 5ª Câmara da Seção Criminal, HC 972.803.3/0-00, Acórdão registrado sob o n. 01036668, relator Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan.

SILVA, Amaury. *O Novo Tribunal do Júri*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014.

SILVA, Antonio Marques da, (coordenação). *Processo Penal Constitucional e garantias constitucionais*. Cidade: QuartierLatin, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Cidade: Ed. Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

SOARES, Igor Alves Noberto. *O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Motauciocchetti de. *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade: Ação Civil Pública – Ação Penal Pública*. São Paulo: Método, 2007.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Petrópolis, 2002.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Aspectos Relevantes do Interrogatório como meio de defesa*. 2008, 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal), Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo penal*. 24ª ed. v.1. São Paulo: Saraiva, p. 198-199, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. Devido Processo Penal e alguns dos seus mais importantes corolários. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993.

VASCONCELOS. Supressão do Júri (C.f LC., 1955m, p. 50). In: MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 50, 1963.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo. O Direito Penal Brasileiro –I. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2011.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo. O Direito Penal Brasileiro –II. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2011.

ZAPALA, Amália Gomes. Apreciação judicial da resposta à acusação no procedimento do Júri. *Boletim IBCCrim*, v. 17, n. 201, ago., 2009.