IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-415-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- "A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais", em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.

- "A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia". No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

- "A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional". O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reemprendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- "A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero". O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- "A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso". Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- "A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional". O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandado explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaing’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- "O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento". O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- "Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro." O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- "Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada". A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comercio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comercio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

O TRIBUNAL DO JÚRI COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO, E NÃO COMO MERA REGRA DE COMPETÊNCIA: UMA REINTERPRETAÇÃO À LUZ DA SUA POSIÇÃO TOPOLÓGICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

THE JURY COURT AS A FUNDAMENTAL RIGHT OF THE CITIZEN, AND NOT AS A MERE RULE OF COMPETENCE: A REINTERPRETATION IN ACCORDANCE WITH ITS TOPOLOGICAL POSITION IN THE FEDERAL CONSTITUTION

Marcelo martins piton
Ana Isabel Mendes
Paulo Roberto Ramos Alves

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência. Daí por que cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de uma direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

Palavras-chave: Tribunal do júri, Direito fundamental, Regra de competência, Imposição arbitrária, Imparcialidade dos jurados

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the Jury Court, provided for in Title II, Chapter I, of the Federal Constitution, as a fundamental right of the citizen, and not as a mere rule of competence. That is why it is up to the defendant, after completion of the instruction, to opt for its exercise. Otherwise, we will not be facing a fundamental right, but an arbitrary imposition. This is so because, currently, especially in crimes of great repercussion, the Jury Court has revealed insecurities regarding the impartiality of the jurors, with a clear condemnatory predisposition. The research method is deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jury court, Fundamental right, Competence rule, Arbitrary imposition, Impartiality of the juries

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se o Tribunal do Júri, previsto no artigo 5°, XXXVIII, da Constituição Federal, sendo assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, pode ser tido como regra de competência.

Assim, o problema, a pergunta de pesquisa, é esta: O rito do Tribunal do Júri é de imposição obrigação ou a escolha deve se dar exclusivamente pelo réu?

O método utilizado para a fase de investigação e o relato de pesquisa será o dedutivo, cuja premissa maior é a posição constitucional do Tribunal do Júri, ao passo que a premissa a ser desenvolvida ao longo do texto é a de que ele deve ser lido como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência. Assim, após encerrada a instrução, cabe ao acusado optar por ser julgado pelo juiz togado ou jurados, sob pena de se transmudar um direito em uma imposição arbitrária.

E a relevância[1] do tema impõe que esse instituto jurídico permaneça em constante debate e evolução, em que pese exista há muito tempo[2] e muito já tenha sido dito. Outrossim, todo estudo crítico desse tema deve obrigatoriamente partir da compreensão da origem/função dos direitos humanos e, consequentemente, dos direitos e garantias fundamentais, sem se perder de vista que, como observado por Luño (2018, p. 114):

> […] há uma propensão doutrinária e normativa a reservar o termo direitos fundamentais, para designar os direitos positivados em nível interno, enquanto que a fórmula direitos humanos seria a mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não tenham alcançado um estatuto jurídicopositivo.

Ainda, como bem ressaltado por Streck (2002, p. 110):

> Nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há assim uma copertença entre ambos.

Ademais, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol

1 É, inclusive, claúsula pétra.
2 Instalado no Brasil em 18.06.1822, por decreto de D. Pedro I.

mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da vontade popular (MORAES, 2021).

2. DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Dito isso, em que pese quanto ao surgimento dos direitos humanos não haja uma origem determinada[3], adota-se[4] como marco de positivação a Magna Carta[5], declaração solene que o rei da Inglaterra, JOÃO, assinou, em 15.06.1215, com o alto clero e os barões.

Inclusive, Comparato (2018, p. 8) afirma que é nesse momento que surge a "pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados".

E a cláusula 39[6], geralmente apontada como o coração da Magna Carta, aduz que os homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra. Eis aí, já em sua essência, o princípio do devido processo legal.

Posteriormente, há o *Bill of Rights,* assinado em 1689, a Declaração da Independência (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

Mas foi com a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, publicada sem a sanção do rei, que se afirma que houve o óbito do antigo regime, constituído pela monarquia e seus privilégios:

> A grande diferença é que a Revolução Francesa, desde logo, apresentou-se não como a sucessora de um regime que desaparecia por morte natural, mas como a destruidora voluntária do regime antigo por morte violenta. E essa violência, doravante ligada quase que indissoluvelmente à ideia de revolução, representou, sob muitos aspectos, ao longo da história, **a negação dos direitos humanos e da soberania popular, em cujo nome se abrira o movimento revolucionário** (COMPARATO, 2018, p. 159, grifo nosso).

3 Inclusive, para a corrente jusnaturalista eles são anteriores a qualquer lei ou ordenamento. Vide: FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais.** 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 25-29.

4 Vide COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 83.

5 *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês)

6 Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.

Assim, nota-se que os direitos humanos e, de igual forma, os direitos e garantias fundamentais, surgem como uma forma de limitação do poder estatal; consequentemente, traduzem-se em direitos dos cidadãos contra arbitrariedades do Estado.

E nesse contexto se mencionam os direitos fundamentais de primeira dimensão, criados para fornecer ao cidadão direitos e garantias, a fim de evitar abusos por parte do Estado, sendo verdadeiros direitos de resistência (MENDES, 2016); (MELLO, 2015).

Merece destaque, nessa linha, o status negativo dos direitos de primeira dimensão, segundo a teoria dos quatro status de Jellinek (1892), que tem como objetivo isolar juridicamente o indivíduo do Estado, culminando numa proteção da sua liberdade e uma limitação das possibilidades de atuação do Estado.

Corroborando, Ferrajoli (2011, p. 40) afirma que "[…] las garantías constitucionales son las garantías de la rigidez de los principios y de los derechos constitucionalmente establecidos que gravan de manera específica a los poderes del Estado".

Portanto, os direitos humanos e os direitos fundamentais não são recompensas, mas conquistas. E conquistas que não se dirigem contra qualquer pessoa, mas unicamente contra o Estado e "contra os entraves à liberdade por ele controlados ou controláveis" (MICHAELS, 2016, p 48). Daí por que se pode afirmar que a importância clássica desses direitos reside na limitação ou prevenção das ingerências do Estado.

Na mesma linha, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho (1998, p. 541):

> A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Eis a primeira premissa, portanto.

2.1 A (IM)POSSIBILIDADE DE SE RENUNCIAR A DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Importante, também, tecer algumas[7] considerações acerca da (im)possibilidade de se renunciar a direitos e garantias fundamentais.

Atualmente, em que pese posições em contrário, a renúncia de direitos fundamentais tem sido aceita. Nessa linha, Cavalcante Filho (2020, p. 8):

> Geralmente, os direitos fundamentais são indisponíveis. Não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não a penas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade. Também aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade. Isso, ressalte-se, é a exceção. Mesmo assim, a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana.

Para Adamy (2011, p. 58) ela ocorre quando "o titular do direito fundamental, por manifestação da vontade, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas por determinado direito fundamental", com isso consentindo que o Estado restrinja ou interfira mais intensamente nesse direito.

Ademais, no Estado Democrático de Direito, cujo valor liberdade é extremamente caro[8], negar a renúncia, quando o titular, terceiros ou a coletividade não são prejudicados, é algo inconcebível.

E, segundo Bellamy (2010, p. 75), "El mayor peligro asociado al gobierno de las personas es la posibilidad de decisiones arbitrarias. (…), la presencia de un gobierno capaz de actuar sistemáticamente de modo arbitrario implica dominación." E nada mais arbitrário do que negar ao cidadão a escolha de exercer, ou não, um direito fundamental individual.

Inclusive, isso poderia, no caso do Tribunal do Júri, consubstanciar-se em flagrante prejuízo aos réus. É fato incontroverso que fatos de grande repercussão social,

---

7 O tema possuí controvérsia, cujo objeto do presente estudo impede a análise pormenorizada. Aqueles que são contrários, muitas vezes usam de exemplo a vida ou liberdade (ser escravizado), que nem de perto é o caso da renúncia ao Julgamento pelo Tribunal do Júri. Vide: ADAMY, Pedro. **Renúncia a Direito Fundamental.** São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58.

8 O artigo 5º da Constituição Federal aduz que a liberdade é inviolável, além de o preâmbulo aduzir que: "**Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, **a liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." (GRIFO NOSSO)

com ampla divulgação da mídia e redes sociais, inclusive de elementos do inquérito[9], quando a defesa sequer se manifestou, influenciam de forma mais intensa na convicção dos jurados do que o julgamento em si[10] (ANDRADE, 2007). Infelizmente, há processos em que a condenação ou absolvição é definida pelas informações, raras vezes parciais, divulgadas pela mídia.

Assim, nota-se que não há óbices jurídicos para, querendo, o acusado renunciar[11] ao julgamento pelo Tribunal do Júri e ser julgado pelo juiz togado.

3. DA PREVISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

A sua positivação, em nível constitucional[12], ocorreu na Constituição Federal de 1824, sendo previsto inicialmente da seguinte forma: "O Poder Judicial independente, e será composto de Juízes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem" (BRASIL, 1824, online). Era, portanto, considerado um órgão do Poder Judiciário (NASSIF, 2008). Nessa composição, os jurados se manifestavam quanto às questões de fato e os juízes quanto as de direito.

Com a Constituição de 1946, o Tribunal do Júri foi considerado um direito e garantia fundamental, estando previsto no Capítulo II – Dos direitos e Garantias Individuais, no artigo 141, §28°:

> É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1943, online).

E aqui é importante se ressaltar o contexto histórico em que essa positivação ocorreu: o fim da segunda guerra mundial.

9 Não raros casos com *Fake News*.

10 O relato do advogado criminalista Roberto Podval é a síntese: Se o corpo de jurados é formado por sorteio dentre os membros da sociedade, e se demais membros dessa mesma sociedade permaneceram na porta do fórum clamando por vingança e linchamento, como encontrar pessoas predispostas ao ouvir as partes com imparcialidade? Como esperar neutralidade de jurados que passaram dois anos sob cobertura jornalística pouco técnica, embora legítima e cada vez mais profissional? Como convencer os jurados a relevar o bombardeio de emoções a que foram submetidos no período?. PODVAL, Roberto. **Defesa não teve espaço no julgamento dos Nardoni.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, de 16 de maio de 2010. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-mai-16/imprensa-nao-retratou-fato-passou-julgamento-nardoni2. Acesso em 05. jul. 2021.

11 Como pressupostos para a renúncia, são eles: capacidade, titularidade, manifestação da vontade, parcialidade e benefício legítima. Vide: ADAMY, Pedro. **Renúncia a Direito Fundamental.** São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58-64.

12 O Júri foi criado no Brasil por Decreto, datado de 18.6.182, com a competência restrita aos delitos de imprensa, cabendo recurso das suas decisões para o Príncipe Regente.

Houve, tão logo encerrada, um fortalecimento da função de garantia do constitucionalismo, reforçando-se o sentido de as Constituições se consubstanciarem em "garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. (...) o fim está na protecção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir" (MIRANDA, 2003, p. 2003).

Com o Golpe de 1964, houve a promulgação da Constituição Federal de 1967, mantendo o Tribunal do Júri com a sua configuração anterior. Ocorre que a Emenda Constitucional nº 1/69, a despeito de manter o Tribunal Popular entre os direitos e garantias individuais, cassou a soberania dos veredictos e a plenitude de defesa, configurando um verdadeiro golpe na vontade popular e na democracia (NASSIF, 2008, p. 22).

Com a redemocratização[13], no ano de 1988 foi promulgada a "Constituição Cidadã", que manteve a Instituição do Júri entre os direitos e garantias fundamentais,

13 O tema é tão caro que houve a criação da Comissão Nacional da Verdade, em 18.11.2011, por meio da Lei n.º 12.582/11, com o fim de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período de 18.07.1946 a 05.10.1988, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

O relatório foi apresentado em 10.12.2014, sendo riquíssimo em detalhes, conforme se nota dos seguintes trechos: "No âmbito desse quadro de graves violações de direitos humanos, **a CNV teve condições de confirmar 434 mortes e desaparecimentos de vítimas do regime militar, que se encontram identificados de forma individualizada no Volume III deste Relatório, sendo 191 os mortos, 210 os desaparecidos e 33 os desaparecidos cujos corpos tiveram seu paradeiro posteriormente localizado, um deles no curso do trabalho da CNV.** Esses números certamente não correspondem ao total de mortos e desaparecidos, mas apenas ao de casos cuja comprovação foi possível em função do trabalho realizado, apesar dos obstáculos encontrados na investigação, em especial a falta de acesso à documentação produzida pelas Forças Armadas, oficialmente dada como destruída. Registre-se, nesse sentido, que os textos do Volume II deste Relatório correspondentes às graves violações perpetradas contra camponeses e povos indígenas descrevem um quadro de violência que resultou em expressivo número de vítimas."

Relatório da Comissão da Verdade. Disponível em: cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo17/Capitulo 17.pdf. Acesso em: 07 jul. 2021.

"As graves violações de direitos humanos ocorridas entre 1964 e 1985 decorreram de modo sistemático da formulação e implementação do arcabouço normativo e repressivo idealizado pela ditadura militar com o expresso objetivo de neutralizar e eliminar indivíduos ou grupos considerados como ameaça à ordem interna. Cumpre mencionar, nesse sentido, que o documento intitulado 'Diretrizes de segurança interna' e o seu correspondente Sistema de Segurança Interna tiveram como fundamento a Lei de Segurança Nacional então vigente (Decreto-Lei no 314, de 13 de março de 1967), que transformou em preceitos jurídicos os princípios da Doutrina de Segurança Nacional, disseminada na Escola Superior de Guerra desde o final da década de 1940 e que estabeleceu como corolário a lógica do inimigo interno (…) As graves violações de direitos humanos cometidas durante o período da ditadura militar foram expressão, portanto, de decisões políticas adotadas por suas instâncias dirigentes, que se refletiram nas estruturas administrativas organizadas com base nos princípios da hierarquia e da disciplina, sob a forma de rotinas de trabalho e de padrões de conduta**. Houve, nesse sentido, permanente ascendência hierárquica sobre a atividade funcional e administrativa realizada pelos agentes públicos diretamente associados ao cometimento de graves violações de direitos humanos. No âmbito de cadeias de comando solidamente estruturadas, esses agentes estiveram ordenados em escalões sucessivos, por vínculo de autoridade, até o comando máximo da Presidência da República e dos ministérios militares. É possível afirmar, desse modo, que as ações que resultaram em graves violações de direitos humanos estiveram sempre sob monitoramento e controle por parte dos dirigentes máximos do regime militar, que previram, e estabeleceram, mecanismos formais para o acompanhamento das ações repressivas levadas a efeito**."

Relatório da Comissão da Verdade. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/Capitulo%2016.pdf. Acesso em: 07 jul. 2021.

além de reestabelecer a soberania dos veredictos e a plenitude de defesa, limitando-se a definir a competência mínima de seus julgamentos, mantendo-a, como preceito constitucional, a relativa aos crimes dolosos contra a vida.

Inclusive, visando obter uma eficácia "protetiva dos direitos fundamentais, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional, (…) o constituinte originário erigiu tais direitos à condição de cláusula pétrea ou garantias de eternidade" (SARLET, 2004, p. 377).

A partir dessas premissas, far-se-á a conclusão do presente ensaio.

4. DA NECESSIDADE DE SE INTERPRETAR O TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DA SUA POSIÇÃO CONSTITUCIONAL

Em relação à natureza jurídica do Tribunal do Júri, em que pese prevaleça o entendimento doutrinário de que se trata de mera regra de competência para o julgamento das pessoas acusadas da prática de crimes intencionais contra a vida (NUCCI, 2008), entende-se que, na realidade, está-se diante de direito e garantia fundamental dos cidadãos perante o Estado.

Isso pois toda a leitura do Tribunal do Júri deve levar em consideração o status conferido a ele pela Constituição Federal, e não partir da legislação infraconstitucional. Isso a fim de que um direito não se transforme numa imposição arbitrária[14], e para que se prestigie o direito do réu de, conforme a conveniência de sua defesa, optar entre ser julgado por seus pares ou ser julgado por um juiz togado.

Pois bem. Acerca da interpretação constitucional, adverte Barroso (2008, p. 111) que, embora a Constituição Federal seja uma lei, e como tal deve ser interpretada, possui ela uma posição destacada no sistema, diante das suas peculiaridades, notadamente "[…] a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político".

Já Ministro Marco Aurélio, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, assentou:

> Sempre tenho presente a premissa de que o Direito é ciência e, como tal, possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, havendo de se presumir que o legislador, **especialmente o constituinte,** haja atuado com técnica, atentando para o fato de que o esmero da linguagem é essencial à revelação do sentido correto da disposição normativa (BRASIL, 1992, p. 323, grifo nosso).

14 Regra de competência.

Nota-se, assim, que a posição topológica diz muito acerca do tema.

Ora, se fosse o objetivo instituí-lo como direito da sociedade, consistente na participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário[15], teria sido inserido no Capítulo referente ao Poder Judiciário, a exemplo das Constituições da República já citadas, ou no Código de Processo Penal. Mas não, foi previsto no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais e Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e coletivos, e esse deve ser o ponto de partida para a interpretação do instituto jurídico.

Ainda, no inciso anterior a ele está previsto que não haverá juízo ou tribunal de exceção[16] – um direito fundamental do réu. Nos seguintes a ele, temos outros três direitos fundamentais do réu: princípio da legalidade[17] e os princípios da irretroatividade da lei penal mais gravosa e retroatividade da lei penal mais benéfica[18].

Portanto, se fosse instituído em favor da sociedade, e não como direito subjetivo individual, não se justificaria a sua inclusão num capítulo sobre direitos individuais e no meio de tantas garantias fundamentais de acusados em inquéritos ou processo criminais.

Assim, nota-se que a posição topológica vai de encontro ao argumento de que não seria um direito fundamental do réu.

Outrossim, com a Constituição Federal de 1946, o Tribunal do Júri deixou de ser um órgão do Poder Judiciário e passou a ser previsto como um direito e garantia fundamental. Essa alteração é extremamente importante e não pode ser desconsiderada.

Já advertia Häberle (2003, p. 2) que o "[…] **espíritu de las Constituciones resulta palpable em los textos constitucionales, sobre todo en su 'evolución'**, concebida contemporánea e históricamente como **proceso de etapas textuales**". E a evolução[19] deixa claro a intenção do constituinte: o tribunal do júri é um direito e garantia fundamental. Houve claramente um processo de etapas textuais que reforça isso.

O intérprete do texto constitucional, para Hesse (1998) não é livre para escolher os *topoi* ou as premissas, já que, por mais que se valha da sistemática

15 Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a inserção do Júri no artigo 5º da Constituição constitui mera garantia humana fundamental de caráter formal, e não essencial, pois "Nos países em que não há júri – e são muitos – também é viável subsistir um Estado Democrático de Direito", e, "fosse ele um tribunal indispensável à democracia, deveria julgar muito mais que os crimes dolosos contra a vida". Para o doutrinador, o Júri consta da Constituição brasileira não como garantia do acusado –pois "Jamais o constituinte iria criar um tribunal que garantisse a liberdade do autor de um crime contra vida humana" – mas como garantia do direito humano fundamental consistente na participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, já que o Júri é "praticamente, a única instituição a funcionar com regularidade, permitindo que qualquer cidadão tome parte nos assuntos de um dos Poderes da República". NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Tribunal do Júri.** São Paulo: RT, 2008. p. 40-41.

16 XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.

17 XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

18 XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

19 Movê-lo do capítulo do Poder Judiciário para o dos direitos e garantias fundamentais.

concretizante, está vinculado à Constituição Federal. Se isso fosse admitido, teria o intérprete mais poderes do que aqueles outorgados pelo texto Maior, subvertendo a própria lógica da supremacia constitucional.

E o Supremo Tribunal Federal, em que pese o tema ainda não tenha sido levado a ele, possui decisões que vão no sentido de ser o Tribunal do Júri um direito fundamental do acusado. Uma delas[20] [21], trata da impossibilidade de se rever as decisões absolutórias com a alegação de serem contrárias às provas dos autos. Ressalta-se que, se a decisão condenatória for contrária a prova dos autos, não há controvérsia quanto ao cabimento da impugnação.

Do julgado, menciona-se trecho citado pelo Ministro, de autoria de Antônio de Holanda Cavalcante Segundo e Nestor Eduardo Arruda Santiago:

> Pode-se concluir, então, que a exegese do art. 593, III, 'd', do CPP, que prevê o cabimento de apelação quando o veredicto for manifestamente contrário à prova dos autos, de a cordo com o texto constitucional e a minirreforma processual penal de 2008, que consagram a íntima convicção dos jurados como 'ratio decidendi', é no sentido de que tal recurso, se fundado em inconformidade contra decisão advinda da resposta ao terceiro quesito, **é de uso exclusivo da defesa, pois a íntima convicção não poderia ser utilizada para legitimar condenações sem provas, cedendo em face de direitos de liberdade prementes** (BRASIL, 2020, p. 15, grifo nosso).

Em outras palavras: até mesmo a íntima convicção é um direito instituído em favor réu, e não dos jurados. Se fosse em favor dos jurados, poderia ser usada para

20 HC 185068/SP, cuja ementa é esta: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE RECONSIDEROU ANTERIOR NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RHC PARA ACOLHER A TESE DEFENSIVA E DAR-LHE PROVIMENTO. PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. INCLUSÃO DO QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO PELA LEI 11.689/2008 (ART. 483, III, DO CPP). CONTROLE JUDICIAL DO JUÍZO ABSOLUTÓRIO QUANDO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FUNDAR-SE EM DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, DO CPP). IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Em razão da superveniência da Lei 11.689/2008, que alterou o Código de Processo Penal – CPP no ponto em que incluiu no questionário do procedimento do Tribunal do Júri o quesito genérico de absolvição (art. 483, III), "os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica, seja, ainda, a razões fundadas em juízo de equidade ou de clemência" (HC 185.068/SP, Rel, Min. Celso de Mello, Segunda Turma). II – Em face da reforma introduzida no procedimento penal do júri, é incongruente o controle judicial em sede recursal (CPP, art. 593, III, d), das decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com base no art. 483, III e § 2º, do CPP, quer pelo fato de que os fundamentos efetivamente acolhidos pelo Conselho de Sentença para absolver o réu (CPP, art. 483, III) permanecem desconhecidos (em razão da cláusula constitucional do sigilo das votações prevista no art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição), quer pelo fato de que a motivação adotada pelos jurados pode extrapolar os próprios limites da razão jurídica. III – Agravo regimental a que se nega provimento.
(RHC 192431 AgR-segundo, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 10-05-2021 PUBLIC 11-05-2021)

21 Inclusive, o tema foi reconhecido como de repercussão geral pelo Ministro Gilmar Mendes – tema 1087.

absolver ou para condenar. Mas como apenas pode ser utilizada para absolver, a sua leitura correta é no sentido de ser um direito e garantia em favor do réu.

Na mesma linha, Forti (2009, p. 194):

> O Tribunal do Júri, portanto, só poderá cumprir seu papel de 'garantia fundamental' se ao réu for concedido o direito de optar, na fase inicial do processo (após o que se dará a preclusão da oportunidade de escolha), entre a submissão da denúncia à apreciação de um Juiz togado e o julgamento pelo Júri. As garantias que o atual estágio evolutivo do nosso Direito faz decorrer da atuação independente e fundamentada da Magistratura de carreira só podem ceder espaço ao julgamento não fundamentado realizado por leigos se contar com a concordância expressa do réu. Se assim não for, o Júri não será verdadeiramente uma garantia individual fundamental, mas, como bem notou Roberto Kant de Lima, uma mera regra de competência jurisdicional.

E, na atualidade, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem se revelado inseguranças quanto a um julgamento que obedeça o devido processo legal, especialmente o seu aspecto substancial. Nesses delitos, seja em razão da cobertura por parte da mídia[22], muitas vezes imparcial, seja em razão até mesmo de comentários que são feitos nas redes sociais, é notório que a imparcialidade do jurado está sendo, no mínimo, diminuída.

Nessa linha, Pierre Bourdieu (1997) tem sustentado que, atualmente, o jornalismo tem se sujeitado às exigências do mercado[23], razão pela qual passou a exercer influências sobre os próprios jornalistas que, consequentemente, acabam exercendo influência sobre diferentes campos de produção cultural e sobre o campo jurídico.

E impor, nesses casos, que o réu seja levado a julgamento de forma automática, é uma imposição arbitrária, quando a previsão constitucional do Tribunal do Júri é posta no título dos direitos e garantias fundamentais, eis que latente a tensão entre o Tribunal do Júri e o devido processo legal substancial.

De se registrar que não se está a criticar a publicidade do julgamento – transmissão ao vivo. Essa, ao menos do ponto de vista dos jurados, é irrelevante, pois

22 "O cidadão nestas circunstâncias, mesmo que teoricamente acobertado constitucionalmente pelo princípio da presunção de inocência, se vê em realidade apontado como 'culpado' pelos meios de comunicação de massa, sofrendo enorme exposição e o encargo de poder enfrentar um Conselho de Sentença maculado por um 'jornalismo investigativo' nem sempre ético e harmonizado com a realidade dos fatos ditos "apurados". PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. **A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença.** Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, jul./dez. 2008.p.34. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5167. Acesso em 05 jul. 2021.

23 Leitores e anunciantes.

eles estão no julgamento sem o acesso a essa mídia. Inclusive, naqueles que duram mais de um dia, a incomunicabilidade[24] é suficiente.

E também não se sustenta a alegação de que a medida jurídica adequada é o desaforamento. A natureza de um direito fundamental do cidadão, por si só, é suficiente para que ele possa optar pelo órgão julgador, ainda que haja medias que, para alguns, garantam o devido processo legal. Ademais, há crimes que sequer o desaforamento é suficiente, vide, por exemplo, o caso da Boate Kis. E até mesmo os de menores repercussão, pois é latente que, na última década, a acessibilidade à internet atingiu patamares inimagináveis. Nem mesmo um novo julgamento, nesses casos, é suficiente, como ressalta Aras (2010, online):

> Evidentemente, este novo júri será feito por outros sete jurados. Mas não há como garantir que também esses novos julgadores não estejam contaminados pelas preconcepções e imagens dadas a público pela cobertura midiática opressiva. Daí porque a existência do sistema recursal no júri não é garantia suficiente para assegurar ao réu um julgamento de mérito realmente imparcial.

Com isso não se quer dizer que é a imposição do Tribunal do Júri em si arbitrária[25], mas que a arbitrariedade consiste na imposição ao réu de um direito fundamental seu, ainda mais em casos em que é latente o prejuízo a sua liberdade. Ora, se o Tribunal do Júri permanecesse como um órgão do Poder Judiciário, a imposição seria constitucional e cogente. Mas isso não mais ocorre!

Quanto ao momento processual para a manifestação de vontade, entendemos que deve ele se dar após o interrogatório, antes da apresentação dos memoriais. Trata-se de manifestação preclusiva: nada sendo dito, o processo seguirá o rito do Tribunal do Júri.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face das premissas estabelecidas, entendemos que não há como se afirmar que o Tribunal do Júri seja uma regra de competência. É, sim, um direito e garantia fundamental do cidadão, e como tal deve ser interpretado.

A posição topológica e a evolução constitucional do instituto, que deixou de ser um órgão do Poder Judiciário e passou a constar no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), ressaltam a sua razão: uma defesa do cidadão contra a arbitrariedade dos presentantes do Estado (CAMPOS, 2015).

24 Entendemos que a incomunicabilidade abrange o acesso à televisão, caso o Júri persista por mais de um dia.

25 Bastaria o instituto jurídico estar prevista em outro capítulo.

Ademais, um direito fundamental jamais pode ser uma imposição arbitrária. É latente, como mencionado, que fatos de grande repercussão social, influenciam de forma mais intensa na convicção dos jurados do que o julgamento em si. Diariamente há processos em que a condenação ou absolvição é definida pelas informações, raras vezes parciais, divulgadas pela mídia.

Assim, nota-se que não há óbices jurídicos para, querendo, o acusado renunciar[26] ao julgamento pelo Tribunal do Júri e ser julgado pelo juiz togado.

Entender de forma contrária é desconsiderar a evolução do texto constitucional e a técnica legislativa adotada pelo Poder Constituinte originário, seja na Constituição Federal de 1946, quando retirou o Tribunal do Júri do capítulo do Poder Judiciário, passando a prevê-lo no dos direitos e garantias individuais, seja na Constituição Federal de 1988, que, quando da redemocratização, restaurou as suas garantias e inseriu-o no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

É, em última análise, desconsiderar técnicas básicas de interpretação constitucional e toda a evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais.

26 Como pressupostos para a renúncia, são eles: capacidade, titularidade, manifestação da vontade, parcialidade e benefício legítima. Vide: ADAMY, Pedro. **Renúncia a Direito Fundamental.** São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58-64.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. **Renúncia a Direito Fundamental.** São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário:** a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Rio de Janeiro, v. 2, 2010. Online. Disponível em: https://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/04/28/renuncia-ao-julgamento-pelo-juri-no-processo-penal-brasileiro/.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7. ed. Editora Saraiva, 2008.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político:** una defesa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Tradução de Jorge Urdánoz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão:** seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1824. Texto consolidado até a EC n. 106/2021. **Portal Planalto.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Portal Planalto. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto consolidado até a EC n. 106/2021. **Portal Planalto.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 185.068/SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coatores: Relator do Aresp 1.552.457 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de julho de 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC185068.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Seguran 21514-3/DF. Recorrente: Confederação Nacional da Agricultura e Outros. Recorrida: União Federal. Relatora: Min. Marco Aurélio, 08 de setembro de 1992. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115597.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri:** Teoria e Prática. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. IMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 4 ed. São Paulo: Atlas.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes:** La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñes. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2011.

FILHO, João Trindade Cavalcante Filho. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais.** 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

FORTI, Ioro Siqueira D'Alessandri. O Tribunal do Júri como garantia fundamental, e não como mera regra de comopetência: uma proposta de reinterpretação do art. 5°, XXXVII, da Constituição da República. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 178-196, 2009.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** Tradução de Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México: Cidade do México, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentjichen Rechte. Freiburg. Mohr, 1892 apud DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. IMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. In: Pereira, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MICHAELS, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** 12. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

NASSIF, Aramis. **Júri: Instrumento da Soberania Popular.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Tribunal do Júri.** São Paulo: RT, 2008.

PODVAL, Roberto. **Defesa não teve espaço no julgamento dos Nardoni.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, de 16 de maio de 2010. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-mai-16/imprensa-nao-retratou-fato-passou-julgamento-nardoni2.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. **A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença.** Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5167.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.