XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-045-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3. Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

A INOVAÇÃO DE TESE PELA DEFESA NA TRÉPLICA DO TRIBUNAL DO JÚRI: ENTRE A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E O PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA

THE INNOVATIVE THESIS BY THE DEFENSE ON THE REJOINDER OF THE JURI TRIAL: BETWEEN THE WARRANTY OF CONTRADICTORY AND THE PRINCIPLE OF FULLNESS OF DEFENSE

Renê Chiquetti Rodrigues
Antonio José Mattos do Amaral

Resumo

O problema investigado no presente estudo pode ser formulado do seguinte modo: é permitido a defesa inovar a tese na tréplica do Tribunal do Júri? Por meio do método indutivo, a questão será investigada por meio de uma análise jurisprudencial das decisões do Superior Tribunal de Justiça. O problema supostamente evidenciaria uma contradição normativa entre a garantia processual do contraditório e o principio específico da plenitude de defesa no Tribunal do Júri. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento no sentido da impossibilidade de inovação defensiva por meio de uma interpretação que privilegia a garantia do contraditório em detrimento do princípio da plenitude de defesa. O presente estudo pretende analisar os argumentos que fundamentam tal interpretação e tecer críticas a tal posicionamento jurisprudencial.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica, Princípios constitucionais, Processo penal, Casos difíceis.

Abstract/Resumen/Résumé

The problem investigated in this study can be formulated as follows: is the defense allowed to innovate thesis in the rejoinder of the jury? Taking advantage of the inductive method, the matter will be investigated through a judicial review of the decisions of the brazilian Superior Court of Justice. The problem supposedly would demonstrate a normative contradiction between the procedural warranty of contradictory and the specific principle of fullness of defense in Trial by Jury. The jurisprudence of the Supreme Court has reached an understanding towards the impossibility of the defensive innovaton through an interpretation that favors of the warranty of contradictory to the detriment of the principle of fullness of defense. This study aims to examine the arguments that support this interpretation and criticize such jurisprudential position.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal hermeneutics, Constitutional principles, Criminal procedure, Hard cases

INTRODUÇÃO

É possível ou válido a defesa apresentar uma tese nova quando da tréplica no plenário do Tribunal do Júri? O objetivo do presente estudo é investigar como o Superior Tribunal de Justiça tem respondido tal indagação e verificar a consistência dos argumentos que fundamentam as decisões do Tribunal na respectiva temática. Para tanto, realizamos uma pesquisa jurisprudencial no banco de dados virtual do portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de coletar todas as decisões que versam sobre o presente tema e, valendo-se do método indutivo, analisaremos a fundamentação jurisprudencial dada pelos julgadores, reconstruindo os argumentos utilizados na solução do problema apontado.

O presente estudo se divide em duas seções principais e uma conclusão. Primeiramente, nos dedicaremos a expor sinteticamente as informações essenciais do problema em questão, apresentando o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e reconstruindo analiticamente os argumentos que fundamentam tal interpretação. No segundo tópico, faremos uma análise crítica do posicionamento esposado pela Corte Superior, demonstrando os equívocos de tal interpretação e apontando qual seria, segundo nosso entendimento, uma interpretação mais coerente com as normas de direito processual penal vigentes no Brasil.

1. A IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

A pesquisa feita no banco de dados virtual do portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça[1] por meio dos termos “inovação” e “tréplica” resultou em apenas quatro ocorrências distintas: (i) REsp 65.379/PR, julgado em 16/04/2002; (ii) HC 61.615/MS, julgado em 10/02/2009; (iii) AgRg no REsp 1306838/AP, julgado em 28/08/2012; e (iv) HC 143.553/DF, julgado em 20/02/2014. A primeira ocorrência resultante da pesquisa (REsp 65.379/PR) foi julgada pela 5ª Turma do STJ, sendo que todas as demais ocorrências foram julgadas pela 6ª Turma criminal. Das quatro ocorrências, três delas (julgados i, iii e iv) julgaram que é incabível a inovação de tese defensiva, na fase de tréplica, não ventilada antes em nenhuma fase do processo, sob pena de violação ao princípio do contraditório. Apenas a segunda ocorrência (HC

[1] Link para portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: http://www.stj.jus.br/SCON/

61.615/MS) julgou de modo divergente, decidindo, conforme registrado na ementa, que "havendo, em casos tais, conflito entre o contraditório (pode o acusador replicar, a defesa, treplicar sem inovações) e a amplitude de defesa, o conflito, se existente, resolve-se a favor da defesa - privilegia-se a liberdade". (BRASIL, HC 61.615/MS, 2009).

Visando examinar quais foram os argumentos apresentados pelos julgadores na interpretação e decisão dos respectivos casos, passamos a expor, de modo sucinto, as informações básicas dos casos em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela impossibilidade de inovação de tese defensiva na tréplica nos debates do plenário do Tribunal do Júri.

I. *REsp 65.379/PR*[2]. O réu foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, em razão da prática de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV do Código Penal). Inconformado, interpôs recurso de apelação pretendendo a anulação do julgamento alegando que fora condenado contrariamente à prova dos autos e que houve negativa de inclusão da tese defensiva (homicídio privilegiado) nos quesitos submetidos aos jurados. O Tribunal paranaense manteve a sentença condenatória, não vislumbrando nenhuma nulidade processual. Em sede de Recurso Especial, o réu alegou que fora negado vigência aos artigos 484, inciso IV e 564 do Código de Processo Penal, reiterando as tese da apelação.

O *REsp* foi julgado pela 5ª turma do STJ e relatado pelo Ministro Gilson Dipp. Em seu voto, seguido integralmente pela unanimidade dos demais Ministros, Dipp salientou que a tese de homicídio privilegiado fora sustentada pelo recorrente apenas por ocasião da tréplica, sendo, por isso, inviável sua inclusão entre os quesitos em respeito ao princípio do contraditório. Para o Relator, por ocasião da tréplica, "a defesa poderá reiterar as provas e teses previamente apresentadas, esclarecendo-as ou complementando-as, jamais exibindo teses novas, não ventiladas anteriormente" (BRASIL, REsp 65.379/PR, 2002 p. 3). Isso porque, "sendo a tréplica o ato que encerra os debates orais em Plenário, ultrapassada esta fase, o *Parquet* não mais terá a

[2] Ementa: "CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. NULIDADE. NÃO-INCLUSÃO DE QUESITOS A RESPEITO DE PRIVILÉGIO. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. RECURSO DESPROVIDO. I. Não há ilegalidade na decisão que não incluiu, nos quesitos a serem apresentados aos jurados, tese a respeito de homicídio privilegiado, se esta somente foi sustentada por ocasião da tréplica. II. É incabível a inovação de tese defensiva, na fase de tréplica, não ventilada antes em nenhuma fase do processo, sob pena de violação ao princípio do contraditório. III. Recurso desprovido. (REsp 65.379/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2002, DJ 13/05/2002, p. 218)". Disponível em: http://migre.me/oPEo2. Consultado em: 15.02.2015.

oportunidade de oferecer resistência à nova tese." (BRASIL, REsp 65.379/PR, 2002 p. 3).

III. *AgRg no REsp 1306838/AP*[3]: O réu foi condenado à pena de 13 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, em razão da prática de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal). Em seu Recurso Especial, o réu sustentou a nulidade do julgamento do Tribunal do Júri por vício na quesitação pela não inclusão da tese de estrito cumprimento do dever legal levantada na tréplica defensiva perante os jurados, violando, assim, os artigos 593, inciso III, alínea *a*, e 563 do Código de Processo Penal e art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*, da Constituição Federal. O Tribunal do Amapá negou seguimento ao Recurso Especial e o réu interpôs Agravo Regimental ao STJ.

O Agravo Regimental foi apreciado pela 6ª Turma, tendo como relator o Ministro Sebastião Reis Júnior. Em seu voto, seguido integralmente pela unanimidade dos demais Ministros, o Relator ressaltou a inexistência de vício processual, pois: a) segundo o art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, a alegação de nulidade de vício na quesitação deve ocorrer no momento oportuno, qual seja, após a leitura dos quesitos e a explicação dos critérios pelo Juiz Presidente e a defesa se manteve inerte, não registrando em ata de julgamento a ausência de quesitação e seu inconformismo; b) no mérito, ressaltou o procedente firmado pelo REsp 65.379/PR sustentando que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram adequadamente durante o trâmite processual. Assim, para o Ministro, "depreende-se dos autos que o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça,

[3] Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ARTS. 593, III, A, E 563, DO CPP. QUESITOS. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA NÃO REGISTRADA EM ATA. PRECLUSÃO. PAS DE NULITTÉ SANS GRIEF. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. STF. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ. 1. No Tribunal do Júri, a alegação de nulidade por vício na quesitação deverá ocorrer no momento oportuno, isto é, após a leitura dos quesitos e a explicação dos critérios pelo Juiz Presidente (art. 571 do CPP). 2. A inovação de tese defensiva na fase de tréplica, no Tribunal do Júri, viola o princípio do contraditório, porquanto impossibilita a manifestação da parte contrária acerca da quaestio. 3. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1306838/AP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012)". Disponível em: http://migre.me/oPEuu. Consultado em: 15.02.2015.

assim sendo, aplica-se ao caso vertente a Súmula 83/STJ."[4] (BRASIL, AgRg no REsp 1306838/AP, 2012, p. 5).

Ainda que ao fazer incidir a Súmula 83 do STJ o Relator tenha desconsiderado completa e equivocadamente o HC 61.615/MS (segunda ocorrência de nosso levantamento), favorável à possibilidade de inovação de tese defensiva na tréplica do Tribunal do Júri, o Ministro acertou quanto à competência para julgar o suposto conflito entre as normas jurídicas em questão. Segundo o Relator, a violação do 5º, XXXVIII, *a*, da Constituição Federal "revela-se *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocando pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial, nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição". (BRASIL, AgRg no REsp 1306838/AP, 2012, p. 5).

IV. *HC 143.553/DF*[5]: O réu foi condenado à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, e ao pagamento de 50 dias-multa, em razão de conexão de tentativa de homicídio duplamente qualificado praticada pelo corréu (art. 121, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II do Código Penal). Em sede recursal, o Tribunal do Paraná deu parcial provimento à apelação para reduzir a pena imposta para 4 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 13 dias multa. Entretanto a Corte sergipana entendeu que "Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de quesito sobre tese defensiva arguida somente na fase da tréplica" (BRASIL, HC 143.553/DF, 2014, p. 4). Inconformado, o réu impetrou *Habeas Corpus* substitutivo de recurso especial perante o STJ, pretendendo a nulidade do julgamento do Tribunal do Júri em razão do Juiz de primeiro grau não ter quesitado a tese a respeito da participação de menor importância, levantada somente por ocasião da tréplica.

---

[4] Súmula 83 do STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida"

[5] Ementa: "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. 2. Em virtude do contraditório e do devido processo legal, é vedado à defesa inovar no momento da tréplica. Assim, inexiste ilegalidade na decisão do Juiz Presidente do Tribunal do Júri que deixou de incluir, nos quesitos a serem apresentados aos jurados, tese da participação de menor importância, sustentada somente naquele momento processual. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 143.553/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)". Disponível em: http://migre.me/oPECE. Consultado em: 15.02.2015.

O *Habeas Corpus* foi julgado pela 6ª turma do STJ e relatado pelo Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE). A Relatora apontou em seu voto que a jurisprudência do STJ havia se firmado no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso especial penal (citando o HC 221.200/DF), mas, como o *writ* fora impetrado antes da mudança de entendimento da Corte, analisaria os pedidos diante da possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, para o caso de se verificar possível flagrante ilegalidade a ser sanada. A Ministra ratificou o entendimento de que o indeferimento da quesitação da tese de participação de menor importância "deu-se em razão do respeito ao contraditório e ao devido processo legal, ou seja, a questão só foi ventilada quando da tréplica, ocasião em que a defesa inovou, não permitindo ao Ministério Público debater o tema." (BRASIL, HC 143.553/DF, 2014, p. 7). A Relatora também ressaltou que o STJ já havia decido nesse sentido no REsp 65.379/PR e no AgRg no REsp 1306838/AP (não fazendo menção, porém, ao HC 61.615/MS).

Todavia, antes fazer referência aos precedentes da Corte Superior a Ministra transcreveu em seu voto a seguinte lição doutrinária de Hermínio Alberto Marques Porto:

> Reabertos, pois, debates, com a réplica e a tréplica, os interesses das partes estão assegurados. Mas, se a defesa técnica, aproveitando a tréplica, apresenta tese defensiva nova, por acréscimos substancial ou alteração fundamental do que tenha pleiteado ao responder à acusação, estará subtraindo da parte autora o direito de contrariar, e que a lei processual assegura restritivamente nos limites da réplica; tal inovação defensiva – que é de uso, embora irregular, possível, porque os pontos de defesa não são anteriormente à sessão de julgamento fixados – violenta o contraditório, por isso não podendo gerar quesitos, ou restará cerceada a acusação e viciado o julgamento, competindo, então, ao Juiz Presidente, à frente de inovações defensivas apresentadas na tréplica, que alterem fundamentalmente a interpretação dos fatos e que motivem expresso (incisos III, IV e X do art. 497) protesto da acusação, advertir a defesa sobre a violação de princípios de processo, não deferindo, por motivação que fará consignar em ata (inciso XVI do art. 495), quesitos defensivos decorrentes de tal atividade inovatória e cerceadora da acusação. (PORTO, 2001, p. 125 e 126).

Após tais considerações, entendeu não haver razão ao recorrente não tendo como atender ao pleito de nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

Da exposição dos fundamentos dos julgados encontrados no banco de dados virtual do portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (ocorrências I, III e IV), é possível constatar que, ainda que exista um caso em sentido contrário (ocorrência II, que será analisada no próximo tópico), a tendência da Corte Superior é de decidir de

modo a negar a possibilidade de inovação de tese defensiva na tréplica do Tribunal do Júri. A razão de tal impossibilidade seria que tal prática, sendo a tréplica o ato que encerra os debates orais em Plenário, afrontaria a garantia do contraditório (art.5º, inciso LV, da Constituição Federal) ao impossibilitar ao membro do Ministério Público a oportunidade de oferecer resistência à nova tese. O efeito da adoção de tal entendimento seria o de que, caso a defesa apresentasse nova tese em sua tréplica, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri não deveria formular quesitos aos jurados sobre tal temática.

Da análise dos acórdãos encontrados, notamos que a afirmação da violação da garantia do contraditório se dá de modo raso, sem qualquer aprofundamento no que tange à densidade do referido princípio ou mesmo do problema normativo em questão. Em termos simples, os julgados não esclarecem minimamente os motivos determinantes da prevalência da garantia do contraditório ao problema ou mesmo o porquê do afastamento do princípio da plenitude de defesa em tais casos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*, da Constituição Federal). A fundamentação mais profunda no sentido de conceder mais peso à garantia do contraditório de modo a firmar a impossibilidade de inovação defensiva na tréplica forense fora a transcrição do ensinamento de Hermínio Alberto Marques Porto. Segundo a interpretação feita pelo professor, a garantia do contraditório concederia à acusação o direito a sempre contrariar as teses apresentadas pela defesa e a inovação substancial feita na tréplica subtrairia da parte autora tal direito. Apesar das lições do professor Hermínio Porto terem sido citadas expressamente apenas nos acórdãos II e IV (julgados em 10/02/2009 e 20/02/2014, respectivamente), não é de se duvidar que suas lições tenham servido de guia, ou ao menos de influência, para o Ministro Gilson Dipp no julgamento do REsp 65.379/PR (julgado em 16/04/2002) – caso em que o problema em questão fora analisado pela primeira vez pelo STJ.

Em que pese a deferência devida ao entendimento que vem se firmando entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e o profundo respeito e admiração que nutrimos ao professor Hermínio Alberto Marques Porto, pensamos que tal compressão do problema não é a melhor interpretação que se possa fazer do texto constitucional e do direito processual penal vigente no Brasil. Nesse sentido, a segunda parte do presente estudo pretende criticar o entendimento prevalecente do Superior Tribunal de Justiça e apontar as razões que fundamentam uma interpretação em sentido diverso, garantindo, assim, uma solução que preze pela integridade do Direito, que seja hermeneuticamente mais coerente com as normas de direito processual penal vigentes no Brasil.

2. A NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como apontado no tópico anterior, a pesquisa feita banco de dados virtual do portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça resultou em quatro ocorrências, sendo que apenas uma delas consiste no caso em que a Corte Superior julgou favoravelmente a possibilidade da defesa inovar suas teses quando da tréplica no Plenário do Tribunal do Júri: trata-se do HC 61.615/MS, julgado em 10/02/2009.

II. *HC 61.615/MS*[6]: O réu foi condenado à pena de 13 (treze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado pela prática de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal). Em sede recursal, pretendeu a nulidade do julgamento plenário do Tribunal do Júri em razão do Juiz Presidente não ter quesitado a tese de inexigibilidade de conduta diversa. Diante do não provimento recursal pelo Tribunal do Estado do Mato Grosso do Sul, o réu impetrou *Habeas Corpus* perante o STJ alegando que "não há violação alguma do princípio do contraditório, uma vez que a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*, garante a plenitude de defesa e no inciso LV do mesmo artigo garante a ampla defesa." (BRASIL, HC 61.615/MS, 2009. p. 13).

O *Habeas Corpus* foi distribuído para 6ª Turma do STJ sob a relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido. O Relator em seu voto denegou a ordem afirmando que "é vedada a inovação de tese na tréplica, pena de violação do princípio do contraditório" (BRASIL, HC 61.615/MS, 2009, p. 8). Essa seria a doutrina majoritária, ainda que o doutrinador Guilherme de Souza Nucci sinalize em sentido contrário. A fim de esclarecer o que se entende como sendo a garantia do contraditório, o Ministro se vale da noção doutrinária de Antonio Scarance Fernandes, transcrevendo-a em seu voto. Reafirmando seu posicionamento jurisprudencial, cita a lição de Hermínio Alberto Marques Porto (trecho que será posteriormente transcrito exatamente nos mesmos

[6] Ementa: "Tribunal do Júri (plenitude de defesa). Tréplica (inovação). Contraditório/ampla defesa (antinomia de princípios). Solução (liberdade). 1. Vem o júri pautado pela plenitude de defesa (Constituição, art. 5º, XXXVIII e LV). É-lhe, pois, lícito ouvir, na tréplica, tese diversa da que a defesa vem sustentando. 2. Havendo, em casos tais, conflito entre o contraditório (pode o acusador replicar, a defesa, treplicar sem inovações) e a amplitude de defesa, o conflito, se existente, resolve-se a favor da defesa – privilegia-se a liberdade (entre outros, HC-42.914, de 2005, e HC-44.165, de 2007). 3. Habeas corpus deferido. (HC 61.615/MS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009)." Disponível em: http://migre.me/oPE29. Consultado em: 15.02.2015.

termos pela Relatora do HC 143.553/DF – já ressaltado e transcrito no tópico anterior). Após o proferimento do voto do Ministro Relator denegando a ordem, o Ministro Nilson Naves pediu vista antecipada dos autos.

O voto divergente do Ministro Nilson Naves ressaltou as palavras do Ministro Vicente Cernicchiaro no REsp 5.329: "O réu não é obrigado a alegar. O Ministério Público, sim, tem que abrir o jogo. O réu pode surpreender o Ministério Público. A defesa é ampla." (CERNICCHIARO *apud* BRASIL, HC 61.615/MS, 2009. p. 13)[7] Nesse sentido, ressalta que o procedimento do júri é pautado pelo princípio da plenitude de defesa (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*, da CF) e que vem resolvendo conflitos normativos em favor da liberdade (HC 42.914, DJ de 19.4.05; e HC 44.165, DJ de 23.4.07). De tal modo, o Ministro Nilson Naves concedeu a ordem de *Habeas Corpus* formulado pelo impetrante.

Após o voto do Ministro Nilson Naves o Ministro Paulo Galotti também pediu vista dos autos. Ao proferir seu voto, o Ministro Galotti conjuntamente ao Ministro Naves divergiu do entendimento apresentado pelo Relator. Segundo Galotti, "Em que pese a existência de precedente desta Corte (REsp nº 65.379/PR) e de entendimento doutrinário em sentido diverso, a meu ver, há constrangimento ilegal a ser reconhecido" (BRASIL, HC 61.615/MS, 2009, p. 18). Todavia, ao passo que o Ministro Naves fundamentou seu voto com base no critério de que, "havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio – a solução do conflito (aparente) deve privilegiar a liberdade", o Ministro Galloti desenvolveu uma fundamentação teórica de cunho mais profundo.

Primeiramente, o Ministro Galloti destacou que "a Constituição Federal assegura, no art. 5º, XXXVIII, a plenitude de defesa no Tribunal do Júri, decorrendo daí a impossibilidade de se estabelecer qualquer restrição à sua atuação, observado, por

[7] Disponível em: http://migre.me/oPE29. Consultado em: 15.02.2015. A frase do Ministro Cernicchiaro se encontra no julgado: *Ementa*. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DO JURI CONTRARIA A PROVA DOS AUTOS. MODIFICAÇÃO DA TESE DA DEFESA ARGUIDA NA CONTRARIEDADE AO LIBELO, POR OUTRA SOBRE A QUAL NÃO SE DISCUTIU NA INSTRUÇÃO, NEM DELA COGITOU A PROVA TESTEMUNHAL. Contrariado o libelo, a invocação da legitima defesa própria, ao tempo do julgamento, de forma surpreendente, a defesa inovou para a coação moral irresistível, que passou a preceder o quesito da legitima defesa. Acolhida a tese da coação, prejudicado ficou o da legitima defesa. Absurdo que se confirmou com a ausência de quesito sobre quem teria sido o coator (artigo 22 do cp). Frontal divergência entre o *veredictum* e a prova colhida na instrução e no plenário de julgamento. Nulidade declarada pelo tribunal de justiça (artigo 593, iii, d, do Código de Processo Penal) com determinação de novo julgamento. Recurso Especial de que não se conhece, por não haver violação as normas processuais apontadas. (REsp 5.329/GO, Rel. MIN. José Cândido De Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 31/08/1992, DJ 26/10/1992, p. 19074). Disponível em: http://migre.me/oPJ8w. Consultado em: 15.02.2015.

óbvio, o devido processo legal" (BRASIL, HC 61.615/MS, 2009, p. 18). Em segundo lugar, ressaltou que tanto a antiga redação do art. 484, inciso III, do Código de Processo Penal (dada pela Lei n.º 9113 de 1995; vigente à época do julgamento do caso *sub judice*), como a atual redação do Código, em seu art. 482, não apresentam qualquer limitação à formulação dos quesitos relativos às matérias deduzidas pelas partes. Na verdade, a antiga redação do artigo 484 determinava a formulação de quesitos relativos a todas as teses apresentadas nos debates, sem qualquer exclusão daquelas arguidas na tréplica.

De tal modo, segundo o entendimento do Ministro Paulo Galloti, cabe ao membro do Ministério Público "produzir a acusação, nos limites da redação anterior do art. 471 do Código de Processo Penal e do vigente art. 476, demonstrando, se for o caso, a materialidade e a autoria do crime, a existência de circunstâncias agravantes etc" (BRASIL, HC 61.615/MS, 2009, p. 19). E assim, "a alegação feita pela defesa, na tréplica, de inexigibilidade de conduta diversa, porque o paciente teria sido provocado e agredido pela vítima, não viola o contraditório. Constitui, na verdade, tese relevante, cujo questionamento aos jurados era de rigor." (BRASIL, HC 61.615/MS, 2009, p. 19). Por fim, concluiu seu voto com uma extensa citação doutrinária da obra Código de Processo Penal Comentado de Guilherme de Souza Nucci[8].

A ordem de *Habeas Corpus* foi concedida pela maioria dos Ministros.

De início, cabe salientar que o HC 61.615/MS (resultado ii) em que o STJ entendeu ser possível a inovação de tese pela defesa na tréplica fora julgado em 10/02/2009 e os resultados iii e iv da pesquisa (AgRg no REsp 1306838/AP e HC 143.553/DF) foram julgados posteriormente (28/08/2012 e 20/02/2014, respectivamente). Todavia, apesar de terem sido julgados pela 6ª Turma do STJ, os resultados iii e iv não enfrentaram os argumentos favoráveis à defesa levantados no HC 61.615/MS. Em verdade, tais decisões sequer apontam a existência de um precedente da Corte em sentido divergente.

No âmbito doutrinário, a divergência de entendimento também é claramente perceptível, pois, segundo Guilherme de Souza Nucci, posicionam-se "contrários à inovação feita pela defesa, Hermínio Alberto Marques Porto, Adriano Marrey, Tourinho

[8] A citação não é aqui reproduzida tendo em vista que, na exposição dos argumentos favoráveis à inovação de tese pela defesa, nos valemos de muitos dos argumentos levantados por Guilherme de Souza Nucci.

Filho e Dante Busana, sendo favoráveis os magistrados Dirceu de Mello, Celso Limongi e James Tubenchlak". (NUCCI, 2014, p. 244).

Em que pese o respeito devido ao entendimento que está se firmando entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça ao professor Hermínio Alberto Marques Porto – doutrinador que serve como guia de tal orientação jurisprudencial –, pensamos que tal compressão do problema não é a melhor interpretação que se possa fazer do texto constitucional e do direito processual penal vigente no Brasil. Portanto, após a exposição do modo como o Superior Tribunal de Justiça está decidindo o problema hermenêutico apontado, procura-se a partir de agora apontar as razões que fundamentam uma interpretação em sentido diverso do que vem sendo firmado pela Corte, garantindo, assim, uma solução que preze pela integridade do Direito e que seja hermeneuticamente mais coerente com as normas de direito processual penal vigente no Brasil.

Neste sentido, apresentamos ao menos oito argumentos em favor de uma interpretação que conduza ao entendimento de que é permitido[9] a inovação de tese pela defesa na tréplica na fase do Plenário do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, não havendo, *in casu*, violação da garantia constitucional do contraditório.

Antes de adentrarmos propriamente no mérito de tais argumentos, porém, devemos salientar algo que parece trivial: em um debate – especialmente em um debate judicial – uma das partes terá de falar por último, sob pena de tornar infindável a discussão, tornando-se impossível pôr um termo ao julgamento. Tendo em vista que a acusação é detentora da legitimidade para os atos de iniciativa contra o réu nos crimes dolosos contra a vida (seja a proposição da denúncia, seja a iniciativa do debate em Plenário) parece lógico e natural afirmar que a defesa detenha a legitimidade da última fala. Tal pressuposto se encontra em harmonia com o sentido a garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF) e do princípio da plenitude de defesa (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*, da CF).

Também devemos salientar preliminarmente que o argumento que guiou a fundamentação que concedeu a ordem no HC 61.615/MS não parece ser, segundo entendemos, a melhor justificação para se afirmar a possibilidade de inovação de tese

[9] Segundo o entendimento de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, existem dois tipos de permissões nos sistemas jurídico-normativos: i) permissões positivas ou fortes; e ii) permissões negativas ou fracas. Uma permissão positiva ou forte existe quando é possível afirmar a existência de uma norma jurídica que explicitamente permite uma determinada conduta "C". Por sua vez, uma permissão negativa ou fraca existe quando não há uma norma jurídica que explicitamente permita uma determinada conduta "C", não havendo, conjuntamente, uma norma jurídica que explicitamente proíba a referida conduta "C". No caso em questão, sustentaremos a existência de uma interpretação permissão fraca favorável à defesa. (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, pp. 215/238).

pela defesa na Tréplica do Júri. O Ministro Nilson Naves sustentou que "havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio – a solução do conflito (aparente) deve privilegiar a liberdade" (BRASIL, HC 61.615/MS, 2009, p. 18 e ementa). Ocorre que a liberdade não é exatamente o problema em questão. O réu pode estar aguardando o recurso em que pede a nulidade do julgamento já em liberdade. Também poderíamos cogitar da hipótese em que o Tribunal que examina o recurso da defesa conceda o pedido de nulidade por vício ocasionado pela não quesitação de tese levantada na tréplica, mas, que, de modo fundamentado (art. 312 do CPP), mantenha o réu preso até o termino do novo julgamento. De tal modo, a solução do conflito normativo entre a garantia do contraditório e o princípio da plenitude de defesa não pode ser facilmente solucionado meramente pela aplicação do critério de se privilegiar a liberdade.

I. Um primeiro argumento contra a interpretação que vem sendo esposada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça pode ser enunciado do seguinte modo: *a garantia do contraditório refere-se a provas (fatos) e não a teses (argumentos)*. A garantia constitucional do contraditório se encontra prevista no art. 5º, inciso, LV da Carta Magna nos seguintes termos: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes". Como ensina Guilherme Nucci, "o princípio do contraditório destina-se a garantir que a parte contrária manifeste-se acerca de alguma prova nova apresentada ou sobre alguma alegação, expondo fato novo, passível de alterar o rumo da causa", ou seja, "se durante a instrução, junta-se um documento, ouve-se a respeito a parte contrária" (NUCCI, 2014, p. 943). A garantia do contraditório, ao menos em sua clássica interpretação jurisprudencial e doutrinária, não significa que uma parte terá direito a se manifestar toda vez que a parte contrária aventar uma nova interpretação jurídica – seja ela concernente a um fato a ser provado ou a uma norma jurídica a ser aplicada no caso. Portanto, "seria inconcebível que a defesa, despertando-lhe alguma tese interessante no momento em que o órgão da acusação está falando, na réplica, seja obrigada a calar-se na tréplica, prejudicando seriamente o interesse do réu" (NUCCI, 2014, p 943).

II. Um segundo argumento é fundado na ideia de que o ordenamento jurídico, na medida do possível, deve manter sua consistência, integridade e coerência, e pode ser formulado da seguinte forma: *assim como no procedimento ordinário não é permitido à acusação se manifestar após entregar suas alegações finais, mesmo que a defesa*

apresente tese nova em seus memoriais, não deve ser permitido à acusação manifestar-se após terminar sua réplica, ainda que a defesa inove na tréplica no Tribunal do Júri. Trata-se de um argumento analógico que, em certa medida, decorre do conteúdo do primeiro argumento. No procedimento ordinário, a acusação não pode se manifestar após a defesa realizar suas alegações finais (orais ou por memorais) (arts. 403 e 404 do CPP) – mesmo que a defesa apresente uma tese nova – justamente porque o contraditório é a possibilidade de se contestar provas (fatos) e não teses (argumentos). Nesse sentido, o Código de Processo Penal é explicito ao afirmar em seu art. 3º que "A lei processual admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

III. O terceiro argumento a se levar em conta é delineado do seguinte modo: *a defesa no Tribunal do Júri não é apenas ampla, é plena*. Isto é, se nos processos judiciais e administrativos os acusados fazem *jus* à garantia da ampla defesa (art. 5º LV, da CF), os réus acusados do cometido de crimes dolosos contra a vida perante o Tribunal do Júri fazem *jus* à garantia da plenitude de defesa (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*, CF). "Pleno" significa, por certo, algo mais abrangente do que "amplo", ou seja, algo venha a ser "amplo" pode ainda assim não ser considerado "pleno". Segundo o Dicionário Houaiss, pleno é aquilo: "1. que se mostra cheio, repleto; 2. que está completo, inteiro; 3. que teve completo acabamento; perfeito. [...]" (HOUAISS, 2001).[10] Ressalte-se que tal distinção – que reforça o direito de defesa nos crimes submetidos ao Tribunal do Júri – fora feita pelo próprio constituinte e não pelo legislador ordinário. Portanto, "se algum interesse há de prevalecer sobre outro, é o do réu que merece sobrepor-se ao da acusação" (NUCCI, 2014, p. 943).

IV. O quarto argumento refere-se à interpretação da legislação infraconstitucional, como salientado pelo Ministro Paulo Galotti. O argumento pode ser

[10] O princípio da plenitude não se confunde com o princípio da ampla defesa, como apontam Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck: "Uma das garantias do Tribunal Popular é a referida *plenitude de defesa* (1). Sua amplitude e complexidade são muito maiores do que aquelas relativas às garantias da ampla defesa e do contraditório, visto que ela abrange uma argumentação que transcende a dimensão meramente jurídica, na medida em que admite aspectos de ordem social, cultural, econômica, moral, religiosa, etc. Assim, a garantia da plenitude de defesa permite que o acusado, por meio de seu advogado, utilize todos os argumentos necessários para apresentar a defesa e, assim, buscar convencer os integrantes do conselho de sentença. Além disso, a plenitude de defesa encontra-se diretamente vinculada à assistência jurídica gratuita daqueles que comprovarem a insuficiência de recursos e à garantia de que o réu seja julgado por representantes da comunidade, e não de uma só classe social, circunstância que remete à raiz da Instituição: seu perfil popular. Na mesma linha garantista e acatando a sugestão da doutrina (já incorporada pela jurisprudência), a Lei n. 11.689, de junho de 2008, estabelece que o juiz não aplicará a chamada absolvição imprópria (aplicação de medida de segurança) quando existentes outras teses defensivas, as quais serão devidamente apreciadas pelo Júri". CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). 2013. p. 378).

enunciado do seguinte modo: *não há qualquer vedação legal explícita para a inovação de tese pela defesa na tréplica do Tribunal Júri, havendo, assim, uma permissão negativa ou fraca no ordenamento jurídico brasileiro*.

Sobre o problema em questão, a antiga redação do art. 484, inciso III (dada pela Lei nº 9.113, de 16/10/1995) dispunha que:

> III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, **qualquer fato ou circunstância** que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, **o juiz formulará os quesitos correspondentes**, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude. [grifo nosso]. (BRASIL, Lei nº 9.113/1995, grifo nosso).

Em sua redação atual (conferida pela Lei nº 11.689/2008), o artigo 482 do Código de Processo Penal determina:

> Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.
> Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes. (BRASIL, Lei nº 11.689/2008).

A comparação nos mostra que redação anterior da norma processual determinava a formulação de quesitos relativos a todas as teses apresentadas nos debates, sem fazer qualquer exclusão daquelas arguidas pela defesa na tréplica. Ainda que redação atual do Código de Processo Penal não apresente mais tal dever judicial de modo explícito, é preciso salientar que o vigente artigo 482 mantém a mesma orientação do antigo art. 484, inciso III, não apresentando qualquer limitação temporal para a formulação dos quesitos relativos às matérias deduzidas pelas partes.

De tal modo, é possível afirmar a inexistência de disposição legal explícita permitindo ou proibindo a inovação de tese na tréplica pela defesa. Para suprir tal lacuna de modo coerente com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro é preciso levar em conta os princípios da *reserva legal* (art. 5º, inciso II da CF), da *ampla defesa* (art. 5º, inciso LV da CF), da *plenitude de defesa* (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*), do *contraditório* (art. 5º, inciso LV da CF), do *devido processo legal* (art. 5º, LIV da CF) e a possibilidade de *interpretação extensiva e aplicação analógica da lei processual penal* (art. 3º do CPP).

O primeiro argumento apresentado neste estudo deixou claro que *a garantia do contraditório refere-se a provas (fatos) e não a teses (argumentos)* e o segundo argumento corroborou tal interpretação ao apontar que *no procedimento ordinário não é permitido à acusação se manifestar após entregar suas alegações finais, mesmo que a defesa apresente tese nova em seus memoriais*. Portanto, não há que se falar em violação do contraditório pelo fato da defesa apresentar um novo argumento em sua tréplica. Mesmo que não haja vedação para a analogia *in malam partem* no processo penal, uma interpretação desfavorável à defesa não pode violar as demais garantias processuais penais (previstas na Constituição e na legislação infra-constitucional). Uma interpretação no sentido de proibir a inovação de tese na tréplica parece esquecer que o problema em questão envolve o que Alchourrón e Bulygin denominam de *permissão negativa ou fraca* (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, pp. 215/238). Tal permissão negativa ou fraca ocorre tanto em razão da inexistência de disposição legal explícita regulando o problema (lembrando que a norma geral, no caso, é de cunho permissivo) como do *princípio da reserva legal* (a proibição deveria ser explicitada pelo próprio legislador). Assim sendo, diante da plenitude de defesa e demais garantias processuais penais, o texto do artigo 482 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de forma ampla e em benefício do réu (analogia *in bonam partem*) por uma questão de coerência normativa.

V. O quinto argumento destaca algo nem sempre levado em conta por aqueles que sustentam o entendimento firmando pelos Ministros do STJ: *a inovação de tese na tréplica nem sempre é benéfica ao réu*. Como salienta Guilherme de Souza Nucci, "a arguição de uma tese nova na tréplica, quando feita de má-fé, pode até prejudicar a defesa, pois demonstrará aos jurados a ausência de lógica e de nexo em sua atividade". (NUCCI, 2014, p. 943).

O autor afirma ainda que, dependendo da gravidade do que for feito pelo defensor, o Juiz Presidente pode considerar o réu indefeso, fornecendo o seguinte exemplo:

> vem-se afirmando, desde o início, a legítima defesa; subitamente, na tréplica, o defensor, sem qualquer sustentação nas provas, passa a defender a negativa de autoria, tornando insustentável a possibilidade de êxito, merecendo a intervenção do magistrado" (NUCCI, 2014, p. 943 e 944).

VI. O sexto argumento também ressalta algo quase sempre olvidado: *nada impede que seja o Juiz Presidente conceda o aparte necessário às observações*

pertinentes sobre a nova tese. Por óbvio, tal aparte deve ser breve. Entretanto, tal recurso poderia ser uma espécie de meio-termo entre as duas posições teóricas ao preservar a garantia do contraditório e o devido respeito à plenitude de defesa. Por certo tal opção é preferível ao entendimento que atualmente vigora no Superior Tribunal de Justiça, que tende a uma interpretação extrema que impossibilita a quesitação da tese inovadora pelo Juiz Presidente.

VII. O sétimo argumento é referente à função desempenhada pelo promotor de justiça em sua atuação perante o Tribunal do Júri: *a atividade do órgão de acusação é empreender uma acusação imparcial, não estando atrelado a rebater cada argumento levantado pela defesa, devendo sustentar a imputação*. No entendimento de Guilherme de Souza Nucci, se a acusação sustentar a imputação com eficácia (expondo as provas aos jurados e pedindo a condenação), "nada do que a defesa fale poderá afetar a visão do Conselho de Sentença a respeito do caso. Dessa forma, inócua será a inovação na tréplica" (NUCCI, 2014, p. 944).

VIII. O oitavo e último argumento é sustentado contra um pressuposto assumido veladamente por aqueles que entendem que a inovação de tese violaria o contraditório: *a inovação de tese na tréplica não caracteriza por si só má-fé ou deslealdade processual*. Em verdade, o defensor que esconde ou guarda seus argumentos para uma possível futura tréplica, como se fossem trunfos que não poderão ser contestados, é certamente um mal defensor, podendo prejudicar imensamente o réu com tal atitude. Isto, pois, como salienta Celso Limongi, a tréplica é condicionada pela réplica e esta é pedida (ou não) pela acusação. Não havendo réplica, o defensor não poderá formular sua tréplica.

Nas palavras do próprio Celso Limongi:

> Não se pode dizer que a acusação fica prejudicada. Aliás, pelo contrário, conta o Dr. Promotor com várias vantagens sobre a defesa, uma das quais é poder não optar pela réplica, com o que a defesa poderá perder seus melhores e mais fortes argumentos, se, os deixar, como com frequência acontece, para a tréplica. De qualquer forma, não é a defesa que deve ser certa e determinada, mas, exatamente, a imputação, como, com propriedade, ensina José Frederico Marques (Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, p. 153). A defesa pode sempre apresentar a tese que bem entenda, seja nos processos de júri, seja nos que correrem perante o juiz singular e tem o direito de falar em último lugar. À acusação cabe prever os argumentos que o acusado pode apresentar, pois, afinal, se trata de questão técnica e não mero exercício de imaginação. Acresce que nenhum artigo existe no estatuto processual penal que proíba a apresentação de nova tese da defesa na tréplica, pelo que, com a vênia devida aos que entendem de outra forma, o MM. Juiz não poderia solicitar aos jurados que desconsiderassem a nova tese

> apresentada pelo Dr. Defensor, do que resulta a nulidade do processo. (SÃO PAULO. TJ/SP. Ap. 130.336-3/8, 1992).

No mesmo sentido de Celso Limongi é o entendimento de Dirceu de Mello:

> Entendo, com efeito, que falar por último (tréplica), com possibilidade, inclusive, de modificar linha de defesa até então seguida, é uma das poucas vantagens que se oferece ao réu nos julgamentos pelo júri [...] Assim, quantas vezes, ante a ausência de réplica do Promotor, fica o Defensor impedido de expor, aos jurados, argumentos que, pressuroso, teria reservado para a oportunidade da tréplica... Nesse quadro é que, de minha parte, sempre entendi possível, ao Defensor, alterar a linha da defesa na tréplica. E modo de evitar surpresa seria adiantar-se a acusação na réplica, alertando os jurados sobre o que, à undécima hora, representaria modificação de comportamento do patrono do réu. Afinal, por isso é que o julgamento pelo júri se desenvolve oralmente em sua fase decisiva, garantida às partes, amplamente, o direito de sustentar seus pontos de vista e, por antecipação ou não, rebater os contrários. (SÃO PAULO. TJ/SP. Ap. 130.336-3/8, 1992).

O alto risco gerado ao acusado por tal estratégia defensiva basta, a nosso ver, para afastar uma presunção absoluta de suposta má-fé e deslealdade processual por parte do defensor do acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível ou válido a defesa apresentar uma tese nova quando da tréplica no plenário do Tribunal do Júri? O objetivo do presente estudo foi investigar como o Superior Tribunal de Justiça tem respondido tal indagação e verificar a consistência dos argumentos que fundamentam as decisões do respectivo Tribunal na respectiva temática. Para tanto, realizamos uma pesquisa jurisprudencial no banco de dados virtual do portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de coletar todas as decisões que versam sobre o presente tema e, valendo-se do método indutivo, analisamos a fundamentação jurisprudencial dada pelos julgadores, reconstruindo os argumentos utilizados na solução do problema apontado.

Para a boa compreensão do leitor, além da introdução, o estudo foi divido em duas seções principais e uma conclusão. No primeiro tópico nos dedicamos a expor sinteticamente as informações essenciais do problema em questão, apresentando o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e reconstruindo analiticamente os argumentos que fundamentam tal interpretação. Verificou-se que a pesquisa no banco de dados virtual do portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça resultou em apenas

quatro ocorrências distintas: (i) REsp 65.379/PR, julgado em 16/04/2002; (ii) HC 61.615/MS, julgado em 10/02/2009; (iii) AgRg no REsp 1306838/AP, julgado em 28/08/2012; e (iv) HC 143.553/DF, julgado em 20/02/2014. Das quatro ocorrências, três delas (julgados i, iii e iv) julgaram que é incabível a inovação de tese defensiva na fase de tréplica, não ventilada antes em nenhuma fase do processo, sob pena de violação ao princípio do contraditório. Apenas a segunda ocorrência (HC 61.615/MS) julgou de modo divergente, decidindo, conforme registrado na ementa, que havendo, em casos tais, conflito entre o contraditório (pode o acusador replicar, a defesa, treplicar sem inovações) e a amplitude de defesa, o conflito, se existente, resolve-se a favor da defesa – privilegia-se a liberdade.

Da exposição dos fundamentos dos julgados encontrados no banco de dados virtual do portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (ocorrências I, III e IV), é possível constatar que, ainda que exista um caso em sentido contrário, a tendência da Corte Superior é de decidir de modo a negar a possibilidade de inovação de tese defensiva na tréplica do Tribunal do Júri. A razão de tal impossibilidade seria que tal prática, sendo a tréplica o ato que encerra os debates orais em Plenário, afrontaria a garantia do contraditório (art.5º, inciso LV, da Constituição Federal) ao impossibilitar ao membro do Ministério Público a oportunidade de oferecer resistência à nova tese. O efeito da adoção de tal entendimento seria o de que, caso a defesa apresentasse nova tese em sua tréplica, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri não deveria formular quesitos aos jurados sobre tal temática.

Entretanto, tais julgados não esclarecem minimamente os motivos determinantes da prevalência da garantia do contraditório ao problema ou mesmo o porquê do afastamento do princípio da plenitude de defesa em tais casos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*, da Constituição Federal). A fundamentação mais profunda no sentido de conceder mais peso à garantia do contraditório de modo a firmar a impossibilidade de inovação defensiva na tréplica forense fora a transcrição do ensinamento de Hermínio Alberto Marques Porto. Segundo a interpretação feita pelo professor, a garantia do contraditório concederia à acusação o direito à sempre contrariar as teses apresentadas pela defesa e a inovação substancial feita na tréplica subtrairia da subtraindo da parte autora tal direito.

No segundo tópico, após a exposição da fundamentação apresentada pelos Ministros no único caso em sentido divergente existente no Superior Tribunal de Justiça (*HC 61.615/MS* – segundo julgado encontrado na pesquisa), fizemos uma análise crítica

do posicionamento esposado pela Corte Superior, demonstrando os equívocos de tal interpretação e apontando qual seria, segundo nosso entendimento, uma interpretação mais coerente com as normas de direito processual penal vigentes no Brasil.

Em que pese a deferência devida ao entendimento que vem se firmando entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e o profundo respeito e admiração que nutrimos ao professor Hermínio Alberto Marques Porto, pensamos que o entendimento que está se firmando não é a melhor interpretação que se possa fazer do texto constitucional e do direito processual penal vigentes no Brasil.

Nesse sentido, apresentamos oito argumentos em favor da possibilidade de inovação de tese pela defesa na tréplica do Tribunal do Júri: **I**. *a garantia do contraditório refere-se a provas (fatos) e não a teses (argumentos)*; **II**. *assim como no procedimento ordinário não é permitido à acusação se manifestar após entregar suas alegações finais, mesmo que a defesa apresente tese nova em seus memoriais, não deve ser permitido à acusação manifestar-se após terminar sua réplica, ainda que a defesa inove na tréplica no Tribunal do Júri*; **III**. *a defesa no Tribunal do Júri não é apenas ampla, é plena*; **IV**. *não há qualquer vedação legal explícita para a inovação de tese pela defesa na tréplica do Tribunal Júri, havendo, assim, uma permissão negativa ou fraca no ordenamento jurídico*; **V**. *a inovação de tese na tréplica nem sempre é benéfica ao réu*; **VI**. *nada impede que seja o Juiz Presidente conceda o aparte necessário às observações pertinentes sobre a nova tese*; **VII**. *a atividade do órgão de acusação é empreender uma acusação imparcial, não estando atrelado a rebater cada argumento levantado pela defesa, devendo sustentar a imputação*; **VIII**. *a inovação de tese na tréplica não caracteriza má-fé ou deslealdade processual*.

Em suma, em razão dos argumentos apresentados no presente estudo, acreditamos que permitir a defesa apresentar uma tese inovadora na tréplica do Tribunal do Júri seja uma solução interpretativa que preza pela integridade do Direito e que é hermeneuticamente mais coerente com as normas de direito processual penal vigentes no Brasil do que o entendimento que vem sendo adotado atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. “Permisos y Normas Permisivas”. *In*: **Análisis lógico y Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 215/238;

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 378.

BRASIL. “Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941”. *In*: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. “Constituição da República Federativa do Brasil”. *In*: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 1306838/AP**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012). Disponível em: http://migre.me/oPEuu. Consultado em: 15.02.2015;

BRASIL. STJ. **HC 61.615/MS**. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009. Disponível em: http://migre.me/oPE29 . Consultado em: 15.02.2015;

BRASIL. STJ. **HC 143.553/DF**. Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014. Disponível em: http://migre.me/oPECE. Consultado em: 15.02.2015;

BRASIL. STJ. **REsp 5.329/GO**, Rel. Min. José Cândido De Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 31/08/1992, DJ 26/10/1992, p. 19074). Disponível em: http://migre.me/oPJ8w. Consultado em: 15.02.2015.

BRASIL. STJ. **REsp 65.379/PR**. Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16/04/2002, DJ 13/05/2002, p. 218. Disponível em: http://migre.me/oPEo2. Consultado em: 15.02.2015;

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. Versão 1.0. 1 [CD-ROM]. 2001;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª Ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014;

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001;

SÃO PAULO. TJ/SP. **Ap. 130.336-3/8.** Rel. Celso Limongi. 5ª. Câmara. Julgado em 09.12.1992.