

## A incompatibilidade sistêmica ao veto de teses no Tribunal do Júri

Este texto não é uma crítica direta aos autores da ADPF, tampouco ao Ministro prolator da decisão, quem espera encontrar isso em nossa posição, não precisa seguir a diante.

Queremos apenas apresentar uma outra visão, como diz o título, que nos levam a crer que os fundamentos jurídicos da ADPF 779 e da Medida Cautelar proferida pelo Min. Dias Toffoli, em que pese acertados em seus alicerces ético-sociais, pecam em suas razões epistêmicas e neste ponto se chocam com a sistemática do Tribunal do Júri adotada em nosso ordenamento (íntima convicção e quesito genérico de absolvição) e mitigam garantias constitucionais inarredáveis no processo penal (plenitude de defesa e soberania dos veredictos), que se prestam a proteção do mais débil, que durante o processo são os réus e não os ofendidos(as) conforme a lição de Ferrajoli. Entender e respeitar esse paradigma, ainda que contrarie os interesses da maioria, é ser garantista, e este é o único fim democrático do direito penal.<sup>3</sup>

Inicialmente convém dizer que o contrapondo extrapola os contornos formais e de ordem processual da decisão proferida em medida cautelar, pois em que pese submetida ao referendo do Plenário (a princípio com início no dia 05/03/2021), o problema não reside no atendimento aos critérios de envergadura argumentativa e desgaste do precedente anterior necessários para formação de um *overruling*, uma vez que a superação de precedentes é um poder limitado apenas aos órgãos encarregados na sua formação<sup>4</sup>, e não foi o STF em decisões anteriores, tampouco qualquer precedente, quem autorizou o exercício da plenitude de defesa, uma garantia constitucional que não possui limites predispostos. Ou seja, a situação não comporta a técnica de *overruling*.

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS (Bolsista Capes). Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado e Professor.

<sup>2</sup> Pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade Inspirar. Membro do Grupo de Estudos Avançados (GEA) em Escolas Penais do IBCCRIM. Bacharel em Direito pela UCDB. Advogado.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 10. ed. 2. reimp. Madrid: Editorial Trotta, 2016. p. 335/336.

<sup>4</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedentes. 3ª. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 87.

Também não se encontrará neste texto uma ode ao instituto legítima defesa da honra. Numa disputa de *slogans*, de uma vez por todas, queremos deixar claro que não se defenderá que existe “amor no banco de réus”, pois “a paixão que move a conduta criminosa não resulta do amor, mas sim do ódio”<sup>5</sup> e isso nos revela que os crimes passionais não merecem guarida na sociedade atual. É fato: “quem ama não mata”.

Neste ponto, não nos limitamos como alguma doutrina a reconhecer sua inviabilidade apenas diante da ausência de proporcionalidade no caso em concreto<sup>6</sup>. A nosso sentir a inviabilidade é abstrata e decorre de limites ético-sociais, pois existem casos que não comportam justificantes pelo total desacordo com a finalidade Constitucional da legítima defesa<sup>7</sup>, pois conforme afirma Munoz Conde: “a legítima defesa é um barômetro da sensibilidade democrática de um país.”<sup>8</sup>

E para nós é indiscutível que em um Estado Democrático de Direito não há proteção jurídica, no campo da antijuridicidade ou de qualquer outra causa de justificação, que alcance feminicídios ou outras formas de agressão à mulher exclusivamente motivados pela comezinha proteção da reputação social, especialmente quando alicerçada em uma machista ideia de *honra conjugal*. Nestes casos o que está em jogo não é a moderação (requisito da legítima defesa), mas sim a carga axiológica sexista discriminatória que não permite a justificação da conduta.

Ou seja, é a análise de proporcionalidade *status quo ante* em que se efetua o juízo a respeito da pertinência constitucional da norma justificante, um trabalho de balanceamento entre direitos fundamentais<sup>9</sup>, que não autoriza a ofensa a bens jurídicos de outrem em nome da própria honra passional<sup>10</sup>.

Pelo contrário, o que se pretende neste texto é lembrar o risco de que nos alertou Maria Lúcia Karam ao lançar luzes ao até então apagado cenário de interesse da esquerda pela repressão à criminalidade, ingenuamente pretendida a partir dos mesmos

---

<sup>5</sup> ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus**. Casos passionais célebres. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133.

<sup>6</sup> Esta é a posição de Fernando Capez ao dizer que: “o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa.” (CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 309)

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 635 e seguintes.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. In: FLEATHER, George P. **En defensa propia**. Sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales. Valencia: Triant lo Blanch, 1992, p. 15.

<sup>9</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170/171.

<sup>10</sup> MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito Penal**. Lições Fundamentais. Parte Especial: Crimes contra a Vida. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021, p. 608.

mecanismos repressores dirigidos as classes subalternizadas e que acabaria esquecendo que “Não há como alcançar sociedades mais generosas e solidárias, utilizando-se dos mesmos métodos que se quer superar.”<sup>11</sup>

No mesmo sentido, também queremos rememorar a “eficácia invertida do sistema penal” advertida por Vera de Andrade ao reconhecer, como nós, as boas intenções do discurso feminista de neocriminalização, mas que acaba mergulhando na reprodução da mesma matriz patriarcal ao reproduzir os discursos e as práticas da “luta contra” violência através do sistema penal, neste caso associado a uma guerra contra o homem-réu no Tribunal do Júri que acaba reproduzindo “o alcance imperialista do sistema penal que ao maximizar a conversão dos problemas sociais em problemas penais estendeu seu império sobre a sociedade como um polvo estende seus tentáculos sobre a areia.”<sup>12</sup>

Esses riscos se agravam ainda mais, na medida em que os impetrantes da ADPF 779, recentemente em 01/03/2021, pediram, em aditamento da inicial, que o julgamento da ação constitucional seja realizado em conjunto com o ARE n. 1.225.185/MG-RG em que discute a constitucionalidade da absolvição por clemência, e que assim como a ADPF 779 em relação a legítima defesa da honra, também visa excluir do juízo decisório dos jurados a tese de clemência.

Portanto, em um só julgamento estariam extirpadas as teses de legítima defesa da honra e de clemência nos processos julgados perante o Tribunal do Júri, numa decisão incompatível com nosso sistema de apreciação da prova pelo Conselho de Sentença e que violaria a plenitude de defesa e a garantia da soberania dos veredictos.

O problema a ser analisado extrapola a análise de constitucionalidade da aplicação da tese da “legítima defesa da honra” em nosso ordenamento jurídico, na medida em que estão em jogo diversas garantias constitucionais dos acusados em geral, inclusive mulheres ou qualquer outro ser humano independentemente de sua orientação sexual, pois acreditamos que o leitor deste texto consegue reconhecer que todos estão sujeitos a sentarem no banco de réus.

Dizemos isso, porque a **soberania dos veredictos** (art. 5º XXXVIII, “c” da CF/88) é “um direito individual do imputado que se caracteriza por colocar o titular em

---

<sup>11</sup> KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ICC. Ano 1, volume 1, p. 79-92, 1º semestre/1996, p. 79/80 e p. 91.

<sup>12</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima**. Códigos da violência na era da globalização. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 95 e 97.

uma posição jurídica favorável em face do exercício do poder punitivo”<sup>13</sup> é a garantia suprema do Tribunal do Júri que desde a Constituição de 1988 está previsto no art. 5º com força cláusula pétrea (Art. 60, §4º, IV da CF), não por meras questões semânticas, mas porque a democracia participativa implica a atuação popular.<sup>14</sup>

O surgimento do júri se marca por um “avanço de uma democracia representativa da vontade popular que pretendia contrabalancear as forças centrípetas do poder monárquico e à formação de uma elite judicial, descentralizando o poder punitivo”<sup>15</sup>. Por isso, nas palavras de Julio B. Maier, atribuir competência a um júri popular trata-se de uma “decisão constitucional de estabelecer um julgamento por jurados não é, de maneira alguma, arbitrária, mas corresponde a perfeição com a própria ideologia política que a Constituição seguiu. (...) ser julgado pelos próprios cidadãos é hoje um direito fundamental de cada ser humano, e não uma forma específica de distribuição do poder político e de organização judicial”.<sup>16</sup>

A partir desta concepção é possível compreender, sem dificuldade, que garantia da **plenitude de defesa** também é direito fundamental (art. 5º XXXVIII, “a” da CF/88) e por isso, a todos pertence. Com a reforma promovida pela Lei 11.689/2008 que “adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais”<sup>17</sup>, a plenitude de defesa ganhou contornos ainda mais claros com a nova redação do art. 483, inciso III do CPP, o chamado “**quesito genérico**” que permite não apenas o reconhecimento da clemência, mas de qualquer outro argumento estranho ao direito positivo<sup>18</sup> e que por permissão legal poderia orientar a decisão dos jurados (por exemplo, os “ditames da justiça”, expressão vaga e de conteúdo indeterminado, mas prevista no art. 472 do CPP), desde que guarde relação com a prova dos autos.

A opção constitucional pela plenitude de defesa no Tribunal do Júri, em detrimento a ampla defesa nos demais procedimentos judiciais e administrativos (art. 5º,

---

<sup>13</sup> PRADO, Geraldo. Prefácio. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal. Uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Vol 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

<sup>14</sup> TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri**. Contradições e soluções. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 9.

<sup>15</sup> PRANDO, Camila de Mello. **O saber dos Juristas e o Controle Penal**. O debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 217.

<sup>16</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2ª ed. 4ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. p. 777

<sup>17</sup> STF, HC 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 03/03/2016.

<sup>18</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 502/503.

LV), não pode ser interpretada partindo-se de um pressuposto da existência de palavras ou frases inúteis e repetidas em nossa Constituição<sup>19</sup>. A plenitude pressupõe uma defesa efetiva, completa e integral, permitindo “abarcara toda a matéria possível de ser deduzida em plenário perante os jurados e se revestir de intensidade suficiente de modo a tornar passível de entendimento a um jurado leigo o âmbito de resistência”<sup>20</sup>. Mas, ser plena não significa ser desprovida de controles.

E aqui reside um importante ponto de compreensão àqueles que defendem que a plenitude de defesa não seria absoluta, e de fato não é, assim como qualquer outro direito fundamental. Todos estão sujeitos a harmonização para compatibilidade do sistema. Existem limites a plenitude de defesa previstos na própria lei, por exemplo a possibilidade de recurso contra decisão manifestamente contrária a prova dos autos (art. 593, III, “d” do CPP) – a despeito de que nossa posição não contemple esta hipótese recursal em desfavor do acusado, porque o quesito genérico é de absolvição e não de condenação<sup>21</sup>, fato é que, a previsão legal existe –, de igual forma encontram-se as previsões legais do art. 478 e 479 do CPP que limitam alguns argumentos durante os debates no Tribunal do Júri, inclusive para a defesa.

O que não pode se admitir por manifesta inconstitucionalidade é a criação jurisprudencial de restrições apriorísticas a plenitude de defesa que não encontram previsão legal. Portanto, o equívoco, a nosso sentir, está na limitação, prévia, abstrata e desprovida de fundamento legal a qualquer tese, pois a plenitude de defesa não admite censuras anteriores ao seu exercício, mas apenas controle posterior.

É preciso indagar: e se a acusada fosse uma mulher? Os defensores de uma política criminal separatista talvez não tenham pensado na hipótese que também é corriqueira em nosso país. Imaginem uma mulher duramente violentada, agredida física e/ou psicologicamente, de forma sistemática e incessante, e que neste ambiente em determinada ocasião ao ser mais uma vez ofendida, desta vez em sua honra, acaba reagindo por instinto e causa a morte de seu agressor<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 5ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 25.

<sup>20</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 457.

<sup>21</sup> MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao Recurso no Processo Penal** O duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 208/209. Neste mesmo sentido: LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.036. Existem precedentes recentes do STF neste sentido, inclusive com voto favorável do Exmo. Min. Relator da ADPF 779, vide o HC 178.777/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe. 14/12/2020.

<sup>22</sup> O exemplo nos foi trazido pelo colega e inspiração na defesa criminal, Dr. José Belga Trad.

A decisão na ADPF 779, da forma ampla e genérica como está colocada<sup>23</sup>, impediria que em defesa dessa mulher fosse alegada a defesa de sua honra, uma tese que está umbilicalmente ligada a excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa e ambas por vezes ainda sopesadas por argumentos de clemência. Completamente aplicáveis ao exemplo narrado, desde que compatíveis com a prova dos autos.

Neste ponto, mesmo reconhecendo que fato e norma são indissociáveis para a análise no Direito Penal<sup>24</sup>, não se pode confundir em uma relação de meio e fim a prova em sentido estrito e o direito positivo, uma vez que o objeto da prova produzida em contraditório não é o direito positivo, mas sim toda alegação de fato trazida pelas partes.<sup>25</sup> É neste ambiente que reside a análise de viabilidade probatória da tese arguida pela defesa no Tribunal do Júri.

Por sua vez, a plenitude de defesa (potencializada pelo “quesito genérico”) está intimamente correlacionado com o sistema de valoração da prova no Tribunal do Júri, a partir da **íntima convicção**, cujas críticas guardam de nossa irrestrita concordância, seja porque se trata de um sistema aberto a discricionariedade e arbitrariedades<sup>26</sup>, seja porque permite monstruosidades jurídicas que alcançam um campo imensurável de qualquer juízo de (des)valor que o jurado faça em relação ao réu<sup>27</sup>. Mas, é o sistema que está posto (vigente), a ele podemos opor críticas doutrinárias e acadêmicas, mas sua superação exige reforma legislativa.

Seu nascedouro em suposta<sup>28</sup> superação ao inquisitório sistema da prova legal ou tarifária (racionalidade positiva) não esconde a contraposição entre dois extremos, pois a íntima convicção se traduz num sistema de “racionalidade negativa que entende por bem

---

<sup>23</sup> Assim disse o Min. Dias Toffoli no item “iii” da decisão: “obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.”

<sup>24</sup> MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao Recurso no Processo Penal** O duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 62/65.

<sup>25</sup> BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 74.

<sup>26</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 a ed. Coleção o que é isto? Volume 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 116.

<sup>27</sup> LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 368.

<sup>28</sup> Afinal, em que pese decorra da Revolução Francesa em 1789 e as consequentes reformas na *Ordennance Criminelle*, algo que nasce na aspiração napoleônica não pode ser a guisa de uma ruptura com a inquisição. E isso foi comprovado por Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoria del garantismo penal. 10. ed. 2. reimp. Madrid: Editorial Trotta, 2016. p. 136/141).

não interferir na atividade valorativa por meio de regras legais”, o que de fato nos conduz a um vazio, desapegado de critérios decisórios racionais.<sup>29</sup>

Alheio a necessária crítica dogmática, é importante ponderar que talvez seja uma opção humanista relacionada a origem precípua do júri, entregar a decisão aos jurados de acordo com sua íntima convicção, pois concordantes com Lênio Streck no sentido de que ao juiz togado “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que seja”<sup>30</sup>, no Júri, como visto acima, a plenitude de defesa somada ao quesito genérico de absolvição, entregam ao jurados a possibilidade de decidir não apenas pelo direito positivo, mas por qualquer outra razão metajurídica<sup>31</sup> que lhe convençam a absolver o acusado.

Mas, o sistema de valoração da prova elegido pela CF/88 e pelo CPP é a principal razão que afasta a viabilidade de se limitar as teses em Plenário. O problema aqui é originário, pois assim como a importação do sistema de júri inglês feita pelos franceses, a nossa importação em *terras brasilis* é anacrônica porque decorrente de uma estrutura autoritária e inquisitorial apoiada imediatamente no *Codice Rocco* e carrega em sua origem o *Code Napoleón*<sup>32</sup>. Em um sistema de importações *a la carte*, incompatibilidades sistêmicas são inevitáveis.

Isso porque, o simples fato da Ata de Julgamento registrar as alegações e teses apresentadas pelas partes durante os Debates (art. 495, XIV do CPP) não permite o controle da decisão tomada a partir da íntima convicção (leia-se: sem fundamentação). Imaginem um caso em que existam duas ou mais teses sustentadas pela defesa em plenário, dentre elas a legítima defesa da honra e/ou a clemência, ainda que isso conste em Ata, é racionalmente impossível valorar qual das teses formou o convencimento dos jurados ao responderem positivamente o quesito genérico de absolvição em uma votação sigilosa. Descordar desta afirmação, parafraseando Carnelutti é a quadratura do círculo, é uma ingênua (e falsa) sensação de controle<sup>33</sup>, pois não se controla aquilo que se desconhece.

---

<sup>29</sup> NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A Prova no Tribunal do Júri**. Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 257.

<sup>30</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6ª ed. Coleção o que é isto? Volume 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 24.

<sup>31</sup> LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.036.

<sup>32</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho. Vol 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 124.

<sup>33</sup> NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A Prova no Tribunal do Júri**. Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 262.

Insistimos nisto, pois a incompatibilidade sistêmica é evidente e nos proporciona infinitos exemplos que não se comportam neste artigo, mas ainda seria possível imaginar a situação em que a defesa técnica sustentasse a tese de inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade admitida de forma pacífica), mas que pode se confundir com a clemência e/ou com a legítima defesa da honra, que ainda poderiam (ou não) ser teses sustentadas pelo próprio acusado em seu interrogatório em um exercício de autodefesa<sup>34</sup> e, nestes casos a clemência e a legítima defesa da honra sequer constariam na Ata de Julgamento. Percebam de uma vez por todas, é teratológico acreditar que se pode controlar a decisão dos jurados limitando a disposição de teses em Plenário.

Um problema desta alçada, que se origina na natureza de um julgamento por jurados típico de sistemas da *civil law*, de tradição inglesa, mas transplantado de forma fragmentada e sem os cuidados necessários com mecanismos probatórios<sup>35</sup> não se resolveria com soluções homeopáticas, isso apenas permitira aumentar o número de condenações incertas pelo revés de uma famigerada tecnicização do direito penal<sup>36</sup>. Pois conforme a brilhante metáfora de Damaska: “Assim como na execução da música, para a declaração judicial dos fatos, o que conta não é apenas a partitura, mas também os instrumentos e quem os utiliza.”<sup>37</sup>

A superação deste problema exige várias modificações (novos mecanismos ou instrumentos na metáfora de Damaska), dentre elas a definição de *standards* probatórios objetivos, associados a uma orientação efetiva dos jurados e a previsão de um momento deliberativo entre os membros do Conselho de Sentença que nos permitam evoluir em busca de veredicto que tornem racionais e objetivas as decisões do júri<sup>38</sup>, somente assim seria possível o controle dogmático da decisão.

---

<sup>34</sup> Pois, conforme alerta Figueiredo Dias: “todos os atos processuais do arguido deverão ser a expressão da sua livre personalidade. (...) interrogatórios tem de ser revestidos de todas as garantias devidas ao arguido como sujeito do processo – e constitui, nessa medida e naquela outra em que tem de respeitar a inteira liberdade de declaração do arguido, uma expressão de seu direito de defesa ou, se quisermos, meio de defesa. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Primeiro Volume. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 430 e p. 442/443)

<sup>35</sup> NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A Prova no Tribunal do Júri**. Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 254.

<sup>36</sup> PRANDO, Camila de Mello. **O saber dos Juristas e o Controle Penal**. O debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 216/218.

<sup>37</sup> DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatório a la deriva**. Colección Proceso y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 40.

<sup>38</sup> NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A Prova no Tribunal do Júri**. Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 483/526.

O que se propõe na ADPF 779 e na Medida Cautelar proferida pelo Min. Dias Toffoli, conforme está posto até aqui, não é a superação de um defeito sistêmico e tampouco um avanço em pautas sociais. Toda forma de atrofiar o direito penal como limite ao poder punitivo e mitigar garantias fundamentais a coerção processual que materializa a própria realização da coação punitiva<sup>39</sup> é abrir as portas a um terreno perigoso e ardil, solo fértil para o decisionismo arbitrário.

Por fim, não se pode esquecer que a instituição do Tribunal do Júri recente foi objeto de duras críticas no próprio STF<sup>40</sup>, mas uma análise histórica revela que todas tentativas de limitar o julgamento pelo Tribunal do Júri guardam íntima conexão e são corriqueiras com períodos de euforia autoritária, idênticos aos que se vive atualmente, desde os debates que antecederam o *Code Napoléon* onde Jean-Jacques-Regis de Cambacérès ao ser questionado por Napoleão manifestou o pensamento de que a ineficiência das condenações do júri multiplicaria a prática de crimes<sup>41</sup>, e também alcançou os debates doutrinários que antecederam a reforma penal brasileira de 1940 a partir da mesma crítica ao famigerado excesso de absolvições contrapostos por uma ideologia de defesa social que foi um dos principais fundamentos de expansão do poder punitivo.<sup>42</sup>

Não há dúvida de essas posições acima citadas, certamente não se conectam com os ideais dos proponentes da ADPF 779, juristas de escol, de posição progressista e ideologia humanista. Talvez aqui, seria importante refletir a partir da “lógica do quitandeiro”<sup>43</sup>, evitando que dirijam ou esperem do direito penal a resolução de problemas cuja solução não está na pena.

---

<sup>39</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 54.

<sup>40</sup> Primeiramente em: <https://www.youtube.com/watch?v=B1kegrwy4IQ> e mais recentemente em: <https://www.youtube.com/watch?v=h18A0NQeT4k>.

<sup>41</sup> “Sua Majestade espera que desapareçam os resíduos da simpatia inspirada por essa *voix du pays* [voz do povo]. Espira ares não liberais os quesitos postos em jogo, 23 de janeiro de 1808: “a instituição do júri será conservada?”. Napoleão pergunta como trabalharam os júris nos últimos anos: mal, responde Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, conselheiro muito ouvido, *grand-juge*, futuro arquichanceler do Império, e não condenando bastante, multiplicam “*le crime*” [o crime].” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 70) (tradução livre)

<sup>42</sup> PRANDO, Camila de Mello. **O saber dos Juristas e o Controle Penal**. O debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 205/211.

<sup>43</sup> “Se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia, porque ele só vende verduras. Nós, penalistas, devemos dar este tipo de resposta saudável sempre que nos perguntam o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.184/185).

Por isso, o presente texto serve de alerta, pois neste interregno que vivemos<sup>44</sup>, sobretudo em nosso país, em que a democracia vem sendo sequestrada diariamente por forças antidemocráticas, estamos sendo conduzidos a um momento em que dissipar em torno de pautas punitivas que pouco ou nada trarão de mudança a uma sociedade desigual não é a melhor e tampouco representa uma opção de avanço a democracia constitucional.

---

<sup>44</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Esquerdas do mundo, uni-vos!** São Paulo: Boitempo, 2018.