

GERALDO PRADO

DOUTOR EM DIREITO. CONCLUIU ESTUDOS DE PÓS-DOCTORAMENTO EM HISTÓRIA DAS IDEIAS E CULTURA JURÍDICAS PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. PROFESSOR DE DIREITO PROCESSUAL PENAL DA UFRJ. INVESTIGADOR DO INSTITUTO DE DIREITO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA E DO RATIO LEGIS - CENTRO DE INVESTIGAÇÃO E DESENVOLVIMENTO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS, DA UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA, E PROFESSOR VISITANTE DA UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

PARECER*

A SOBERANIA DOS VEREDICTOS, A SENTENÇA NO JÚRI E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O passado é um país estrangeiro.¹

1. A CONSULTA

O IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa, organização da sociedade civil de interesse público, doravante denominado apenas IDDD, pretende requerer seu ingresso como *Amicus Curiae* no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC, em cujo processamento foi reconhecida repercussão geral para tratar da possibilidade de execução antecipada das penas fixadas nas condenações pelo tribunal do júri.

Neste sentido formula consulta acerca do âmbito normativo da soberania dos veredictos, conforme o preceito dispositivo inscrito na alínea *c*, do inciso

* Parecer *pro bono*, em face da relevância do tema e de sua repercussão no direito brasileiro.

¹ BURKE, Peter; HSIA, R. Po-Chia (orgs). *A tradução cultural nos primórdios da Europa Moderna*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 43.

XXXVIII, do artigo 5º da Constituição da República (CR)² e sua harmonia com o princípio constitucional da presunção de inocência, referindo-se de modo expresso ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43, 44 e 54,³ a última das quais tive a honra de subscrever.

A tese proposta está apresentada nos seguintes termos: «A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada».

Releva ainda notar que ao fim de dezembro de 2019 foi publicada a Lei nº 13.964, que modificou o artigo 492 do Código de Processo Penal (CPP),⁴ estabelecendo no inciso I, em sua alínea e, o poder do juiz presidente do júri de ordenar a execução provisória da pena imposta àquele que houver sido condenado pelo tribunal do júri à pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Os votos até o momento apresentados no julgamento do recurso extraordinário, com destaque para a questão suscitada no campo da repercussão geral, instruíram a consulta.

Em vista disso o Consulente apresenta os seguintes quesitos:

1. Os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência podem ou devem

² Art. 5º, CR. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

(...)

c) a soberania dos veredictos;

³ Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 54. Min. Rel. Marco Aurélio. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Data do julgamento: 7 de novembro de 2019.

⁴ Art. 492, CPP. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

(...)

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

coexistir de forma harmônica à luz da Constituição da República?

2. Respeitar a presunção de inocência na medida do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar as ADCs nº 43, 44 e 54, viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos?

De forma sucinta o propósito deste estudo consiste em tratar da referida metódica constitucional e abordar a pretensão de impor prisão imediata ao condenado pelo júri, considerando: *i) os limites da interpretação que em processo de mutação constitucional implique em estabelecer orientação contrária a texto expresso da Constituição (CR); ii) a identificação da mera circulação de ideias sobre modelos distintos de justiça penal no lugar do transplante de institutos jurídicos.*

2. O TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA DO ACUSADO

2.1. O DIÁLOGO ENTRE DIFERENTES TRADIÇÕES E A RECENTE DECISÃO DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

2.1.1. As cortes constitucionais dos Estados Unidos da América e do Brasil estão preocupadas com o tribunal do júri.

As razões, todavia, aparentemente são opostas.

Com efeito, no julgamento recém-concluído do Caso Ramos *vs* Louisiana, em 20 de abril de 2020, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reafirmou a necessidade da decisão unânime dos jurados para considerar válida a condenação de acusados da prática de crimes graves.⁵

⁵ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Opinião da Corte proferida pelo juiz Neil Gorsuch. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. __ 2020. n. 18-5924. Data de julgamento: 20 de abril de 2020.

2.1.2. Sob muitos aspectos a decisão da justiça norte-americana interessa ao exame da questão da imediata eficácia da sentença condenatória proferida em julgamento pelo tribunal do júri, conforme a proposta de tese apresentada no incidente de repercussão geral.

Pelo ângulo da ancestralidade do júri, instituto que, à diferença da maioria, ingressa em nosso ordenamento despido da certidão de batismo do direito continental europeu, a memória recuperada no julgamento do Caso Ramos *vs* Louisiana ilumina a função do tribunal e resgata a sua natureza de garantia do acusado.

Além disso, as transformações que o júri norte-americano experimentou ao longo dos anos revelam que a atitude de olhar o passado não é apenas ditada por uma questão de reverência, tampouco atende a propósitos litúrgicos. Reencontrar a inspiração do instituto pode ter um significado muito atual, assim como compreender as causas das mudanças pode ajudar a perceber que em determinados momentos mesmo as melhores intenções podem involuntariamente servir de veículo a ataques à dignidade das pessoas, esbarrando na esfera do indecidível.

Por último, se o significado constitucional do julgamento pelo tribunal do júri apela às origens, com Henrique II,⁶ no nascimento da Inglaterra, seu estatuto jurídico deve conformar-se à Constituição brasileira.

O transplante de institutos e o diálogo transjurisdicional, no entanto, como salienta John Jackson, professor da Queen's University Belfast, para além de inevitável pode ser muito proveitoso.⁷

2.1.3. Situando a questão decidida há pouco mais de um mês pela Suprema Corte norte-americana, fato é que em matéria criminal e com respaldo na

⁶ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England: Book III of Private Wrongs*. Oxford, Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 231-232. HARTMANN, Wilfried; PENNINGTON, Kenneth (ed.). *The History of Courts and Procedure in Medieval Canon Law*. Coleção History of Medieval Canon Law. Washington: The Catholic University of America Press, 2016. p. 389.

⁷ JACKSON, John. Taking Comparative Evidence Seriously. In: ROBERTS, Paul; REDMAYNE, Mike (ed.). *Innovations in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2009. p. 294.

decisão do Caso *Apodaca vs Oregon*,⁸ dois estados federados (Oregon e Louisiana) passaram a considerar válidas as condenações majoritárias pelo júri em acusações de crimes graves, exigindo o *score* de 10 a 2.

A preocupação com júris inconclusivos, argumentada na esfera cível, soava como fundamento em tese manifesto da admissão da condenação criminal por maioria em um contexto de longa tradição de exigência de unanimidade dos votos para o veredicto condenatório, contexto que será aludido adiante.

2.1.4. É certo que em seus votos proferidos no Caso *Ramos vs Louisiana*, os juízes que integraram a maioria deixaram claro o motivo pelo qual a decisão em *Apodaca vs Oregon* não configurava precedente, nem sequer podiam aqueles juízes concordar quer com a motivação latente para a flexibilização da regra da unanimidade, quer com aquela que servira de pretexto, a dos *hung juries*.⁹

2.1.5. Com efeito, afirmou o juiz Neil Gorsuch:

“Tampouco era apenas a perspectiva de afro-americanos votarem que preocupava os delegados. Apenas uma semana antes da convenção, o Senado norte-americano aprovou uma resolução solicitando que se investigasse se a Louisiana estava excluindo sistematicamente afro-americanos dos júris. Buscando evitar uma atenção nacional indesejada e conscientes de que esta Corte derrubaria qualquer política de discriminação explícita contra os jurados afro-americanos como violação da Décima Quarta Emenda, os delegados procuraram minar a participação afro-

⁸ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404. n. 69-5046. Data de julgamento: 22 de maio de 1972; SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Opinião da Corte proferida pelo juiz Byron White. *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356. n. 69-5035. Data de julgamento: 22 de maio de 1972. No julgamento *Apodaca v. Oregon*, não houve opinião seguida por todos os juízes da corte. Conforme consta no início do próprio texto da decisão, o juiz White anunciou o julgamento da Corte e proferiu opinião seguida pelos juízes Burger, Blackmun e Rehnquist. O juiz Blackmun proferiu opinião concorrente, assim como Powell. Douglas, Brennan, Stewart e Marshall proferiram, cada um, opiniões dissidentes seguidas, respectivamente, pelos juízes Brennan e Marshall; Marshall; Brennan e Marshall; e Brennan.

⁹ De acordo com a maioria formada em *Ramos vs Louisiana*, o voto do juiz Lewis Franklin Powell Jr em *Apodaca vs Oregon* admitia que a unanimidade dos votos era indispensável para o veredicto condenatório nos júris federais, mas não cabia a exigência nos júris estaduais. Embora concordante no resultado com quatro votos que admitiam a condenação por 10 a 2, fato é que a posição de Lewis Franklin Powell Jr era singular, não tendo sido compartilhada pelos demais juízes.

americana nos júris de uma outra forma. Com olhar atento à demografia racial, os delegados da convenção formularam uma regra de ‘neutralidade racial de fachada’ permitindo vereditos de 10 a 2, a fim de ‘assegurar que o serviço dos jurados afro-americanos fosse insignificante’.¹⁰

2.1.6. Indo direto ao ponto, a Suprema Corte norte-americana, como tribunal constitucional, demonstrou coragem e enfrentou a violação do princípio da igualdade de todos perante a lei, denunciando o racismo implícito em estratégias legais destinadas não apenas a conter e controlar a participação de afro-americanos nos júris, mas de favorecer a condenação de pessoas pretas acusadas da prática de crimes graves. Isso dias antes do homicídio praticado contra George Floyd, que está gerando intensa reação em todo país.¹¹

2.1.7. Em outra passagem da citada decisão o fundamento da flexibilização da regra da unanimidade para o veredicto condenatório, por uma perspectiva que bem pode ser denominada criminológica, é expressamente referido:

“Adotada na década de 1930, a regra do Oregon que permite vereditos não unânimes pode ser do mesmo modo atribuída à ascensão do Ku Klux Klan e aos esforços para diluir ‘a influência de minorias raciais, étnicas e religiosas nos júris do Oregon’. De fato, ninguém contesta nada disso perante esta Corte; os tribunais da Louisiana e do Oregon reconheceram francamente que a raça foi

¹⁰ Tradução livre. No original: “Nor was it only the prospect of African-Americans voting that concerned the delegates. Just a week before the convention, the U. S. Senate passed a resolution calling for an investigation into whether Louisiana was systemically excluding African-Americans from juries. Seeking to avoid unwanted national attention, and aware that this Court would strike down any policy of overt discrimination against African-American jurors as a violation of the Fourteenth Amendment, the delegates sought to undermine African-American participation on juries in another way. With a careful eye on racial demographics, the convention delegates sculpted a “facially race-neutral” rule permitting 10-to-2 verdicts in order “to ensure that African-American juror service would be meaningless.” SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Opinião da Corte proferida pelo juiz Neil Gorsuch. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. __ 2020. n. 18-5924. Data de julgamento: 20 de abril de 2020. p. 2.

¹¹ REUTERS. Protests, Looting Erupt in Minneapolis Over Racially Charged Killing by Police. *The New York Times*. Data: 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/reuters/2020/05/27/us/27reuters-minneapolis-police.html?searchResultPosition=30&login=email&auth=login-email>. Consultado em: 03 de junho de 2020.

um fator de motivação na adoção das respectivas regras dos vereditos não unânimes dos seus estados.”¹²

2.1.8. Sem dúvida que o prisma dominante neste tipo de análise, bem peculiar da experiência jurídica norte-americana, é consequencialista. Mas é necessário entender, como frisou Manuel Atienza,¹³ ao tratar da contribuição teórica da filósofa inglesa Susan Haack, que pelo ângulo da Suprema Corte norte-americana cuida-se de um consequencialismo atrelado a princípios constitucionais de tradição democrática, possibilitando que «os juízes façam justiça por meio do Direito».

2.1.9. Vale dizer que há no processo de interpretação/aplicação da Constituição norte-americana esforço analítico que contempla a trajetória dos institutos, admite sua transformação e adaptação à realidade dos novos tempos, mas as condiciona ao cumprimento de funções de garantia que se consolidaram em décadas e séculos de construção de um sentido comum que é gerador de expectativas legítimas.

2.1.10. Mais uma vez voltando à recente decisão do Caso Ramos vs Louisiana, estes aspectos estão iluminados nas seguintes passagens, que com desculpa pela cansativa reprodução, destacam-se:

“Imagine uma constituição que permitisse que um ‘julgamento pelo júri’ não significasse nada além de uma única pessoa a carimbar condenações sem ouvir qualquer prova - mas insistindo simultaneamente que o jurado solitário fosse oriundo de um distrito judicial específico ‘previamente determinado por lei’. E se isso não for suficiente, imagine uma constituição que incluísse duas vezes a mesma garantia vazia - não só na Sexta Emenda, mas também no

¹² Tradução livre. No original: “Adopted in the 1930s, Oregon’s rule permitting nonunanimous verdicts can be similarly traced to the rise of the Ku Klux Klan and efforts to dilute “the influence of racial, ethnic, and religious minorities on Oregon juries.” In fact, no one before us contests any of this; courts in both Louisiana and Oregon have frankly acknowledged that race was a motivating factor in the adoption of their States’ respective nonunanimity rules.” SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Opinião da Corte proferida pelo juiz Neil Gorsuch. In: *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. ___ 2020. n. 18-5924. Data de julgamento: 20 de abril de 2020. p. 2-3.

¹³ ATIENZA, Manuel. *Comentarios e incitaciones: Una defensa del postpositivismo jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 165-167.

artigo III. Não: o texto e a estrutura da Constituição sugerem claramente que a expressão ‘juízo por um júri imparcial’ trazia com ela algum significado sobre o conteúdo e os requisitos de um julgamento pelo júri.

Um destes requisitos era a unanimidade. Onde quer que possamos investigar para determinar o que significava a expressão ‘juízo por um júri imparcial’ no momento da adoção da Sexta Emenda - quer seja no direito comum, nas práticas estatais na época da fundação ou em opiniões e tratados escritos pouco tempo depois - a resposta é inequívoca. Um júri deve chegar a um veredito unânime para condenar.”¹⁴

2.1.11. Neste trecho do voto recorda-se o fato de que o tribunal do júri está previsto na Constituição norte-americana,¹⁵ sem embargo de a garantia ter sido reforçada pela Sexta Emenda.¹⁶

¹⁴ Tradução livre. No original: “Imagine a constitution that allowed a “jury trial” to mean nothing but a single person rubberstamping convictions without hearing any evidence—but simultaneously insisting that the lone juror come from a specific judicial district “previously ascertained by law.” And if that’s not enough, imagine a constitution that included the same hollow guarantee twice—not only in the Sixth Amendment, but also in Article III. No: The text and structure of the Constitution clearly suggest that the term “trial by an impartial jury” carried with it some meaning about the content and requirements of a jury trial.

One of these requirements was unanimity. Wherever we might look to determine what the term “trial by an impartial jury trial” meant at the time of the Sixth Amendment’s adoption—whether it’s the common law, state practices in the founding era, or opinions and treatises written soon afterward—the answer is unmistakable. A jury must reach a unanimous verdict in order to convict.” SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Opinião da Corte proferida pelo juiz Neil Gorsuch. In: *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. __ 2020. n. 18-5924. Data de julgamento: 20 de abril de 2020. p. 4.

¹⁵ Tradução livre. No original: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party; (...) The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment; shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.” Estados Unidos. Artigo Terceiro. Poder Judiciário. Seção 2. Assinado em convenção em 17 de setembro de 1787. Ratificado em 21 de junho de 1788. Parte do Artigo III, Seção 2, foi alterada pela 11ª Emenda. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/article/article-iii>. Consultado em: 24 de maio de 2020.

¹⁶ Tradução livre. No original: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.” Estados Unidos. Sexta Emenda. Direito ao julgamento célere pelo Júri, Testemunhas, Conselho. Aprovada pelo Congresso em 25 de setembro de 1789. Ratificada em 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendment/amendment-vi>. Consultado em: 24 de maio de 2020.

2.1.12. O motivo da unanimidade dos votos para o veredicto de condenação, que remonta ao menos a 1367, na Inglaterra, nas palavras daquele que é considerado a maior autoridade em história do júri anglo-americano, Leonard W. Levy, pode não ser o mesmo. Se no passado distante a ideia era a de que o «corpo de jurados» deveria exprimir a voz única da sociedade a respeito do fato submetido a julgamento, hoje é a presunção de inocência, com a exigência de certeza para condenar alguém, que confere legitimidade à unanimidade.¹⁷

Levy aponta esta relevantíssima diferença entre as tradições jurídico-criminais do *Common Law* e do direito continental europeu, que terminam por demarcar as características dos sistemas adversarial e inquisitório. No primeiro prevalece a presunção de inocência; no outro, a de culpabilidade.¹⁸

Nas palavras de Leonard W. Levy é clara a visão que se tem de um modelo de processo penal de matriz continental europeia que não se orienta à tutela das garantias do acusado:

“A observação de [Henry Charles] Lea sobre o espírito que infectou um inquisidor da lei canônica aplica-se com igual força a um

¹⁷ “No final do século XIV a exigência de veredicto unânime tornou-se prática estabelecida, aumentando a autoridade dos veredictos. Em um caso de 1367, a corte definiu que um veredicto atingido por onze dos doze jurados era inaceitável. A regra de unanimidade pode ter se originado, como Pollock e Maitland disseram, porque o teste era a voz do país e o país supostamente poderia ter apenas uma voz.” Tradução livre. No original: “By the late fourteenth century the requirement of a unanimous verdict became settled practice, adding to the authority of verdicts. In a 1367 case a court ruled that a verdict reached by eleven of twelve jurors was unacceptable. The rule of unanimity may have originated, as Pollock and Maitland said, because the test was the voice of the country and the country supposedly could have but one voice”. LEVY, Leonard W. *The palladium of justice: origins of trial by jury*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999. p. 46.

¹⁸ Convém referir aqui a lição sempre autorizada de John Langbein: “O que distingue o julgamento criminal no mundo anglo-americano do sistema europeu e dos sistemas derivados deste não é simplesmente o fato de o nosso sistema permitir que os advogados atuem como acusação e defesa. O procedimento europeu também o permite. A peculiaridade marcante do julgamento anglo-americano é que remetemos aos advogados partidários a responsabilidade de reunir, selecionar, apresentar e examinar as provas. Nosso tribunal de julgamento, tradicionalmente um júri que se reúne sob a supervisão do juiz, não conduz qualquer investigação própria. O tribunal emite um veredito de culpa ou inocência, escolhendo entre ou dentre as provas que os advogados da disputa lhe apresentaram.” Tradução livre. No original: “What distinguishes criminal adjudication in the Anglo-American world from the European and European-derived systems is not simply that our system allows lawyers for prosecution and defense. The European procedure does too. The striking peculiarity of the Anglo-American trial is that we remit to the lawyer-partisans the responsibility for gathering, selecting, presenting, and probing the evidence. Our trial court, traditionally a jury sitting under the supervision of the judge, conducts no investigation of its own. The court renders a verdict of guilt or innocence by picking between or among the evidence that the contesting lawyers have presented to it.” LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003. p. 1.

inquisidor da corte real francesa: ele agiu como se ‘o sacrifício de uma centena de homens inocentes fosse melhor do que a fuga de um culpado.’”¹⁹

2.1.13. Ainda hoje outros investigadores, como por exemplo o referido John Jackson, distinguem o processo criminal adversarial da tradição do *Common Law* do da tradição do direito continental europeu por reconhecerem o primeiro orientado à presunção de inocência e outro tendencialmente à presunção de culpa.²⁰

2.1.14. Na atualidade, as distintas matrizes processuais aproximam-se e se influenciam reciprocamente, de modo que a tomada da presunção de inocência como norteadora das diferenças entre elas perde fôlego, muito por causa dos paradigmas constitucionais pós-redemocratização que paulatinamente converteram as bases jurídicas das democracias europeias fruto da transição (Alemanha e Itália mais no passado e Portugal e Espanha mais proximamente) e das novas democracias latino-americanas. Pesa também o relevante papel exercido pelos tratados internacionais de direitos humanos e pelas decisões dos tribunais internacionais penais e de direitos humanos.

2.1.15. Ainda assim, quando a questão envolve o julgamento pelo tribunal do júri, com todas as controvérsias que o acompanham, lançar o olhar à tradição original resulta ser esclarecedor.

2.1.16. Como sublinhado, em diversos momentos de sua história a Suprema Corte norte-americana fez questão de frisar que o júri é, basicamente, uma

¹⁹ Tradução livre. No original: [Henry Charles] “Lea’s remark about the spirit that infected an inquisitor of the canon law applies with equal force to an inquisitor of the French royal court: he conducted himself as if ‘the sacrifice of a hundred innocent men were better than the escape of one guilty.’” LEVY, Leonard W. *The palladium of justice: origins of trial by jury*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999. p. 40-41.

²⁰ JACKSON, John. Taking Comparative Evidence Seriously. In: ROBERTS, Paul; REDMAYNE, Mike (ed.). *Innovations in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2009. p. 301.

garantia do cidadão contra excessos no exercício do poder que podem tomar a forma de acusações criminais, ainda que a cargo de órgãos estatais como o Ministério Público.

2.1.17. Citam-se na sequência algumas passagens de histórica decisão que revelam o quanto o julgamento pelo júri desde a origem é garantia do acusado.

“As garantias do julgamento pelo júri nas Constituições Federal e Estaduais refletem um profundo juízo sobre a forma como a lei deve ser aplicada e a justiça administrada. **É concedido o direito ao julgamento pelo júri aos réus de processos penais a fim de evitar opressão por parte do Governo.**”²¹

[...]

“Aqueles que escreveram as nossas constituições sabiam, pela história e pela experiência, que era necessário proteger contra acusações criminais infundadas apresentadas para eliminar inimigos e contra juízes demasiado receptivos à voz de autoridade superior. Os autores das constituições esforçaram-se para criar um poder judiciário independente, mas insistiram em uma maior proteção contra ações arbitrárias. Proporcionar ao acusado o direito de ser julgado por um júri composto por seus pares deu-lhe uma salvaguarda inestimável contra o promotor corrupto ou excessivamente zeloso e contra o juiz condescendente, tendencioso ou excêntrico.”²²

²¹ Tradução livre. No original: “The guarantees of jury trial in the Federal and State Constitutions reflect a profound judgment about the way in which law should be enforced and justice administered. A right to jury trial is granted to criminal defendants in order to prevent oppression by the Government.” SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Opinião da Corte proferida pelo juiz Byron White. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145. n. 410. Data da decisão: 20 de maio de 1968.

²² Tradução livre. No original: “Those who wrote our constitutions knew from history and experience that it was necessary to protect against unfounded criminal charges brought to eliminate enemies and against judges too responsive to the voice of higher authority. The framers of the constitutions strove to create an independent judiciary, but insisted upon further protection against arbitrary action. Providing an accused with the right to be tried by a jury of his peers gave him an inestimable safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and against the compliant, biased, or eccentric judge.”

[...]

“Além disso, as disposições sobre o julgamento pelo júri nas Constituições Federal e Estaduais refletem uma decisão fundamental sobre o exercício do poder oficial – uma resistência em confiar poderes plenos sobre a vida e a liberdade do cidadão a um juiz ou a um grupo de juízes.”²³ [Grifos nossos].

2.1.18. Embora os historiadores e juristas dedicados ao estudo das origens do processo criminal anglo-americano reconheçam que ao longo de sua trajetória, como ainda hoje, o enviesamento tenha sido uma permanência mais do que incômoda, com a proliferação de decisões injustas que afetam inimigos do poder e pessoas de classes vulneráveis, igualmente estão de acordo com o fato de que a ideologia dominante ao longo dessa história foi responsável pela construção de um sentimento de respeito aos direitos individuais, ao devido processo, ao julgamento justo e o direito à sentença justa, isso desde o medievo inglês.²⁴

2.1.19. Este princípio – o júri como garantia do acusado – funciona como critério que no âmbito do direito anglo-americano orienta a interpretação e aplicação das regras constitucionais por juízes e tribunais.

2.1.20. A pretensão de transplante de institutos jurídicos, como será visto adiante, esbarra nas limitações superiores impostas pelas Constituições de cada Estado e pelos tratados e convenções que estes mesmos Estados se obrigaram a respeitar em matéria de direitos humanos.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Opinião da Corte proferida pelo juiz Byron White. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145. n. 410. Data da decisão: 20 de maio de 1968.

²³ Tradução livre. No original: “Beyond this, the jury trial provisions in the Federal and State Constitutions reflect a fundamental decision about the exercise of official power -- a reluctance to entrust plenary powers over the life and liberty of the citizen to one judge or to a group of judges.” SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Opinião da Corte proferida pelo juiz Byron White. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145. n. 410. Data da decisão: 20 de maio de 1968.

²⁴ POST, Gaines. *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State 1100-1322*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, LTD., 2012. Original: Princeton: Princeton University Press, 1964. p. 188.

2.1.21. São incabíveis as transposições automáticas de interpretações e práticas jurídicas que estejam em contradição com a Constituição da República brasileira.

2.1.22. Independentemente disso, o próprio processo de transplante importará em equívoco se pretender uma integração de efeitos que à luz do ordenamento jurídico receptor, no caso o brasileiro, vier a se orientar na direção contrária àquela que inspira o instituto no ordenamento jurídico de origem.

2.1.23. O só fato de no Brasil o tribunal do júri estar no rol dos direitos individuais na Constituição da República (CR) fornece a chave de leitura do critério que, por opção do constituinte originário, o destacou da estrutura do Poder Judiciário.

2.1.24. Na sequência serão abordados os temas do transplante de institutos jurídicos e os diferentes tratamentos oferecidos no âmbito do *Common Law* e no Direito da matriz continental europeia, confrontando-se (i) a culpabilidade fática do direito norte-americano com a culpabilidade jurídica consagrada no inciso LVII do artigo 5º da CR²⁵ e (ii) a estrutura das decisões do júri no Brasil, com a diferenciação entre veredicto do júri e o restante conteúdo da sentença proferida no julgamento do júri.

2.1.25. A base, porém, de todo o raciocínio está na máxima de que não é juridicamente válida a interpretação/aplicação de garantia constitucional em sentido oposto ao da proteção definida em seu âmbito normativo.

2.1.26. O material dessa proteção é selecionado a partir da tradição do instituto jurídico e a tradição do júri é de proteção «*contra acusações criminais*

²⁵ Art. 5º, CR. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

infundadas apresentadas para eliminar inimigos e contra juízes demasiado receptivos à voz de autoridade superior. Os autores das constituições esforçaram-se para criar um poder judiciário independente, mas insistiram em uma maior proteção contra ações arbitrárias». Esta proteção é o tribunal do júri.

2.1.27. Interpretar a instituição do júri como tutelar de uma razão de Estado, a «razão punitiva», entra em contradição incontornável com a noção mesma da garantia.

2.2. O TRANSPLANTE E A TRADUÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS.

2.2.1. Ao tratar dos dispositivos de tradução cultural, Peter Burke sublinha as inúmeras dificuldades com que se defrontam os sujeitos que se dedicam ao projeto de «traduzir» para a sua realidade experiências com as quais mantém contato apenas indiretamente. O desafio de uma empresa do gênero é enorme, quer se trate de «traduzir o passado» no interior de uma mesma cultura, quer tenha por objeto «traduzir» experiências contemporâneas oriundas de culturas diversas.

A preocupação com as dificuldades do processo tende a ser estranha aos juristas, como anota Diogo Malan.²⁶ A rigor, automatiza-se a «tradução», em particular no registro ideológico da globalização, em conta de uma aparentemente livre comunicação entre modelos, mas desprezam-se considerações essenciais do tipo: (a) com que intenções ou estratégias as traduções são realizadas?²⁷ (b) que espécie de «economia política» rege os «fluxos» entre culturas doadoras e receptoras?²⁸

²⁶ MALAN, Diogo. Prisão preventiva depois da decisão de segundo grau é retrocesso civilizatório. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/diogo-malan-prisao-antes-transito-julgado-retrocesso>. Consultado em: 12 de novembro de 2015.

²⁷ BURKE, Peter; HSIA, R. Po-Chia (orgs.). *A tradução cultural nos primórdios da Europa Moderna*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 23.

²⁸ BURKE, Peter; HSIA, R. Po-Chia (orgs.). *A tradução cultural nos primórdios da Europa Moderna*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 36. O autor trata dos “fluxos desiguais” entre culturas de Estados colonizadores e colonizados.

2.2.2. As questões anteriores não são gratuitas. Acrescentam-se a elas problemas inerentes ao método comparativo,²⁹ à concepção e emprego de modelos³⁰ e ao próprio conhecimento das forças políticas que atuaram em determinado momento para intervir no campo das tradições.

2.2.3. Em minha opinião, a cegueira deliberada acerca de tantos fatores influentes no processo de tradução de modelos jurídicos e de compreensão do contexto em que se confrontam internamente – portanto entre nós – diferentes «tradições jurídicas»³¹ tem sido responsável por algum retrocesso experimentado em matéria de garantias, que mobilizou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a emitir o relatório sobre a endemia das prisões provisórias no Brasil.

O fenômeno apela a argumentos que se caracterizam por emitirem juízos limitadores do exercício do direito ao recurso pela defesa, a partir da manifestação judicial de que se trata de ato abusivo ou protelatório, com declaração de trânsito em julgado ainda na pendência de impugnação. Nestes termos, postula-se a alteração da interpretação constitucional para eliminar o efeito suspensivo dos recursos ordinários e extraordinários em matéria penal, liberando a imediata execução da pena no julgamento pelo tribunal do júri. A mudança em perspectiva visa antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, paradoxalmente em contexto marcado pela provisoriedade, contornando a dificuldade criada pela cláusula da presunção de inocência, conforme reconhecida no julgamento das mencionadas ADCs 43, 44 e 54.

²⁹ Ver a propósito: LIÑÁN, Aníbal Pérez. *El método comparativo: fundamentos y desarrollos recientes*. Disponível em: <http://www.pitt.edu/~asp27/USAL/2007.Fundamentos.pdf>. Consultado em: 11 de novembro de 2015.

³⁰ BADIOU, Alain. *El concepto de modelo: introducción a una epistemología materialista de las matemáticas*. Buenos Aires: La Bestia Equilátera, 2009. Badiou assevera que “o termo ‘modelo’ figura em contextos indiscutivelmente científicos, nos quais não pretende designar a competência da prática teórica, mas um elemento assinalável em coerência demonstrativa: não é noção, nem categoria, mas ‘conceito’.” (p. 59). Em seu clássico *Modelos e movimentos de política criminal*, Mireille Delmas-Marty adverte acerca do caráter operacional dos “modelos” no que concerne aos Estados e sua relação com a política criminal. DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimientos de política criminal*. Traduzido por Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

³¹ Alberto Binder ressalta a dimensão política da justiça penal e sua respectiva funcionalidade, assim como o fato de se tratar de um espaço permanentemente disputado por culturas jurídicas diversas e suas correspondentes tradições, que disputam o sentido das normas processuais penais. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Tomo I: Hermenéutica del proceso penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013. p. 141, 219-220, 360-361 e 371.

2.2.4. Pelo ângulo dos modelos, a questão refere-se à presunção de inocência, como sublinhado, cláusula inalterável e princípio reitor do processo penal brasileiro, em sua relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil.

Enrique Bacigalupo chama atenção para o fato de que o modelo norte-americano de processo penal, aparentemente paradigmático e inspirador da modificação pretendida, no que concerne à presunção de inocência, é o do «controle social do delito» (*crime control model*), que atribui ao processo penal função determinante na luta contra o delito.³²

O modelo do controle social do delito trabalha com um conceito operacional de culpabilidade fática que é oposto ao conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência.³³ O *crime control model* apoia-se na tese da igualdade hierárquica entre direitos fundamentais intangíveis e no dever do Estado de garantir «justiça eficiente», sublinha Bacigalupo, e termina por determinar o âmbito normativo dos direitos processuais do acusado «ponderando, também, os interesses da persecução do delito».³⁴

O equilíbrio é perseguido, no direito norte-americano, quer pelo estabelecimento de regras de direito probatório que buscam evitar decisões injustas do ponto de vista de ancoragem na «verdade fática», quer, como sublinhado no item anterior, por exigência mais rigorosa de condições para a condenação do acusado em um contexto de julgamento pelo tribunal do júri.

2.2.5. Os enfoques de política criminal que se enfrentam ecoam a advertência de Arzt, referida por Bacigalupo, de que uma perspectiva fundada na prevalência do controle da criminalidade sobre as garantias do acusado cuida da reducionista «introdução demagógica do controle da criminalidade como finalidade

³² BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 27.

³³ A obra seminal a respeito do modelo é o livro de Herbert Packer: PACKER, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 2019 (reimp. da edição de 2008). Original: Stanford: Stanford University Press, 1968.

³⁴ BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 28.

absoluta» do processo penal que vira as costas à experiência histórica de que reduzir a finalidade do processo penal ao controle da criminalidade gera um «poder descontrolado (que) não é especialmente efetivo, mas destrutivo, com tendência à autodestruição porque é extremamente duvidoso que a arbitrariedade possa criar a ordem».³⁵ Trata-se de equivocado ponto de vista de política criminal.

2.2.6. Isso, todavia, não é tudo. Em realidade, o nosso modelo constitucional de devido processo penal, orientado pela cláusula da presunção de inocência e apoiado em um conceito jurídico de culpabilidade não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica). O fato de para a acusação, por exemplo, o recurso extraordinário em matéria penal não ter efeito suspensivo, enquanto o contrário se verifica relativamente ao mesmo recurso interposto pela defesa, não se resolve por uma equação matemática de «igualdade».

2.2.7. Em apertada síntese convém frisar que, sob o enfoque das técnicas de garantia dos direitos fundamentais, a *igualdade* considera a posição da pessoa humana no sistema político e a sua primazia axiológica: a pessoa como *valor*, tomando-se em conta as suas variadas identidades e a pluralidade de pontos de vista expressados por elas, segundo Luigi Ferrajoli.³⁶ Os direitos fundamentais são o *fundamento* do Estado de Direito e se colocam em oposição aos poderes absolutos e arbitrários, que têm por escopo, justamente, *desigualar*, tal seja, imprimir tratamento diferenciado ao caso concreto a partir de diferenças pessoais consideradas intoleráveis pelo prisma do poder.³⁷ Diferença evidente na oposição dicotômica Estado (MP) *vs.* acusado.

2.2.8. Pelo ângulo da estrutura dos direitos e deveres, consoante podem ser deduzidos de uma ordem constitucional que irradia validade jurídica para o

³⁵ BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 28.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 906.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 906.

restante do ordenamento, uma «situação jurídica», pública ou privada, caracteriza-se por corresponder a poderes (ou deveres) «adquiridos conforme causas ou títulos específicos e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos na esfera jurídica própria ou alheia».³⁸

Situações jurídicas fundam-se em títulos específicos porque se trata de imposição de sujeição a terceiros. A perspectiva do Ministério Público, que visa sujeitar acusados às penas em um processo em que ainda é cabível interpor recursos, é a de uma *situação jurídica*, distinta, portanto, do ângulo da defesa, que exercita o direito fundamental de resistir a pretensões de restrição de direitos fundamentais, impondo assim limites ao poder ínsito àquela situação jurídica.

2.2.9. Salientam os juristas alemães Pieroth e Schlink que os direitos fundamentais têm uma função jurídico-objetiva, porque *limitam* a margem de atuação e decisão do Estado, que fica inviabilizado na eventual pretensão de uso arbitrário das suas competências.³⁹

É por conta disso que Ferrajoli destaca, nos direitos fundamentais, sua correspondência a «imunidades ou faculdades reconhecidas a todos, com independência de qualquer título, e exercidas unicamente mediante comportamentos meramente lícitos que não interfiram juridicamente na esfera de outros sujeitos».⁴⁰

Nesse contexto, não são equiparáveis às posições de quem acusa e de quem se defende e isso distingue o modelo brasileiro do paradigma norte-americano, cuja visão liberal possibilita a renúncia do acusado ao próprio processo e a assunção pessoal das sanções penais acordadas (*plea bargaining*).

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 908.

³⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Lisboa: Lusíada, 2008. p. 23-24.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 909.

2.2.10. Interessante que a proposta de tese de repercussão geral ignora estes elementos e diferenciações que são fundamentais em uma metódica constitucional como a brasileira.

O texto proposto para a tese é o seguinte: «A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada.»

Vale observar que pelas regras legais o tribunal do júri poderá vir a julgar crimes não dolosos contra a vida. Basta que sejam conexos aos dolosos contra a vida. Dessa maneira, alguém poderá ser acusado da prática de crime de furto em concurso de pessoas perante o tribunal do júri. Se este acusado for condenado será imediatamente preso, a prevalecer a tese indicada em termos de repercussão geral.

Outro indivíduo que venha a ser processado no juízo comum por furto em concurso de pessoas apenas será preso na sentença se a sua liberdade colocar em risco a aplicação da lei penal, ou seja, se houver motivo de natureza cautelar a requisitar, excepcionalmente, a privação da sua liberdade e ainda assim se não for cabível a substituição da prisão preventiva por medida cautelar alternativa.

Dois pesos e duas medidas injustificáveis porque um dos acusados foi condenado pelo tribunal do júri e outro o foi por juiz singular.

2.2.11. Ao tratar da imitação de modelos a jurista italiana Elisabetta Grande alerta para o risco de que o processo de «importação de soluções jurídicas» resulte em mera «circulação simbólica» de modelos de justiça a partir do suposto prestígio de que gozaria certo modelo em face dos nativos, referindo-se diretamente à importação simbólica de soluções aplicadas nos Estados Unidos da América.⁴¹

⁴¹ GRANDE, Elisabetta. *Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*. Trad. de Luiz Fernando Sgarbossa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 23.

Sem embargo de o júri ser responsável por um percentual pouco expressivo de resolução de casos criminais no âmbito do direito norte-americano, o fato é que tanto nos Estados Unidos da América como no Brasil a decisão sobre o funcionamento da justiça haverá de obedecer aos parâmetros fixados nas respectivas Constituições. As soluções não migram de um país a outro, simplesmente.

A tradição jurídica anglo-americana configura premissa para compreensão do júri como instituição social e política. Sua influência sobre o nosso modelo é evidente no seu posicionamento constitucional, como garantia, e em sua estrutura, que defere aos juízes leigos o poder de julgar o acusado inocente ou culpado e estabelece que o juiz profissional, fiel ao veredicto, decidirá as questões processuais e aplicará a pena.

No entanto, é esta mesma inserção constitucional que configura obstáculo à adoção de um regime jurídico de culpabilidade fática que contradiz a interpretação prevalente da presunção de inocência restabelecida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Importar a execução imediata das decisões do júri é fazer circular simbolicamente a ideia em prejuízo dos fundamentos do próprio instituto em sua *terra natal*.

2.2.12. No caso brasileiro, não custa lembrar, o Conselho de Sentença não delibera após os jurados discutirem entre si a respeito das teses apresentadas pelas partes durante o julgamento. Não há debate no colegiado leigo, consistindo em única exceção à submissão ao dever constitucional de motivação das decisões.⁴²

⁴² Art. 93, CR. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes,

A soberania do júri, neste contexto, visa tutelar o direito fundamental individual do acusado de não ser julgado por um órgão profissional da justiça, ampliando o campo de absolvição para além das hipóteses que a esfera técnico-jurídica própria das decisões dos juízes togados admitiria.

2.2.13. Caberia a indagação sobre a possibilidade de aplicação válida de norma contrária a texto expresso da Constituição da República. A resposta afirmativa é dada no âmbito mesmo do procedimento do júri, mas são seus fundamentos que repelem a tese de repercussão geral proposta.

2.2.14. Com efeito, o art. 415 do CPP⁴³ autoriza o juiz togado a decidir o mérito de pretensão que veicula imputação de crime doloso contra a vida, muito embora o inc. XXXVIII do artigo 5º da CR⁴⁴ expressamente reserve ao tribunal do júri a competência «para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida» (alínea **d**).

A regra legal que transfere ao juiz togado a competência constitucional do conselho de sentença para autorizar o magistrado a absolver «desde logo o acusado», nas hipóteses referidas em quatro incisos do art. 415 do CPP, identifica nestas situações o elemento comum do reconhecimento peremptório da inocência da pessoa processada.

em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴³ Art. 415, CPP. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

I – provada a inexistência do fato; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

III – o fato não constituir infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

⁴⁴ Art. 5º, CR. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

(...)

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Trata-se, portanto, de disposição infraconstitucional convergente com a presunção de inocência,⁴⁵ cujo âmbito normativo o STF delimitou no final do ano passado ao julgar as ADCs 43, 44 e 54.

2.2.15. Assim é que o juiz togado, por força de disposição legal infraconstitucional, «absorve» a competência constitucional do júri e julga crime doloso contra a vida, subtraindo do colegiado leigo essa possibilidade.

O fenômeno jurídico que remonta, pelo menos, à experiência constitucional brasileira do pós-guerra, é denominado «quebra positiva de direitos individuais» e é explicado a partir da noção de que se as normas de direito ordinário não têm o poder de restringir o âmbito normativo daquelas oriundas da Constituição, no entanto elas podem validamente antecipar, acelerar e fortalecer a tutela constitucional no sentido de tornar a tutela mais efetiva.

2.2.16. A respeito do constitucionalismo português, do qual em parte somos herdeiros dada sua influência na nossa transição para a democracia, convém capturar a lembrança de que a busca inicial de orientação com vista à interpretação e aplicação das normas constitucionais considerou parâmetros e limites à interpretação de modo a excluir, por incompatível com a ordem jurídica própria do Estado de Direito, aquela interpretação na direção oposta à do teor literal do texto constitucional.

Logo nas primeiras edições de sua clássica obra, J. J. Gomes Canotilho enfatizava a importância de acolher os princípios da prevalência da Constituição, da conservação das normas e da exclusão da interpretação *contra legem*, metódica dirigida a orientar a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e das constitucionais, em particular.

⁴⁵ Art. 5º, CR. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

2.2.17. O limite imposto pelo significado tradicionalmente compartilhado pela comunidade acerca dos termos linguísticos empregados no preceito dispositivo funciona como espécie de fronteira última, não ultrapassável, pelo intérprete, que há de se render – abdicar da própria vontade – à decisão política que o texto legal expressa. Literalmente, em homenagem à posição de Canotilho:

“II — O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição

Este princípio é fundamentalmente um princípio de controlo (**tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação**) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. **Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição.** Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma

infraconstitucional e as normas constitucionais.⁴⁶ (grifos nossos).

O processo de interpretação é o eterno desafio da comunidade aberta de intérpretes da Constituição e não, com exclusividade, apenas um «poder» que possa ser manejado pelas cortes constitucionais sem que seja suscetível de alguma forma de limitação. Do contrário, a qualquer momento e a respeito de qualquer tema as cortes constitucionais estariam na condição privilegiada de usurpar o poder político que a Constituição atribui aos parlamentos e aos chefes do Poder Executivo legitimamente eleitos.

2.2.18. Resgatar o pensamento constitucional dos primórdios da recente transição portuguesa à democracia que, reitero, inspirou o projeto constitucional democrático brasileiro, talvez tenha o mérito de apontar caminhos conforme ao Estado de Direito em tempos de tensão na democracia. Mais uma vez convém citar Canotilho:

“Este princípio [da interpretação conforme] deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se tome claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) **no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (= proibição de correcção de norma jurídica em contradição inequívoca com a**

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229-230. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1226-1227. Dentre os Acórdãos mais recentes cabe referir o Ac. 266/92; *Acórdãos*, vol. 22, p. 783; Ac. 508/94, in *Acórdãos*, vol. 28; Ac. 636/94, in *Acórdãos*, vol. 29; Ac. 41/95 in *Acórdãos*, vol. 30).

constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição e respectivos limites não é desconhecido da jurisprudência constitucional. Cfr., por ex., ACSTC 398/89, DR, I, 14-9; 63/91, DR, II, 3-7; 370/91, DR, II, 2-4, 444/91, DR, II, 2-4; 254/92, DR, I, 31-7.”⁴⁷

O professor português, mais adiante, na mesma edição de sua obra, adverte para o fenómeno inverso, da interpretação da Constituição conforme às leis – de que é exemplo a tradicional «absolvição sumária» no procedimento do júri, mencionada linhas atrás – referindo seus imensos riscos, mas ao mesmo tempo demarcando seu campo de possibilidades:

“A utilidade da interpretação constitucional conforme as leis seria particularmente visível quando se tratasse de leis mais ou menos antigas, cujos princípios orientadores lograram posteriormente dignidade constitucional. A interpretação da constituição de acordo com as leis não aponta apenas para o passado. Ela pretende também abarcar as hipóteses de alterações do sentido da constituição, mais ou menos plasmadas nas leis ordinárias.”⁴⁸

2.2.19. Este é o ponto. Reitere-se, a arquitetura constitucional brasileira albergou o júri não no capítulo dedicado ao Poder Judiciário, e sim entre os

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229-230. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1226-1227. Dentre os Acórdãos mais recentes cabe referir o Ac. 266/92; *Acórdãos*, vol. 22, p. 783; Ac. 508/94, in *Acórdãos*, vol. 28; Ac. 636/94, in *Acórdãos*, vol. 29; Ac. 41/95 in *Acórdãos*, vol. 30).

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993. p. 236 (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1233-1234).

«direitos e garantias fundamentais», especificamente sob a égide dos «direitos e deveres individuais e coletivos».

O «programa da norma constitucional sobre o júri», para empregar a noção usada pelo jurista de Coimbra, está delimitado no capítulo da Constituição que cuida «dos direitos e deveres individuais e coletivos».

Trata-se do mesmo «território» constitucional que recepciona a presunção de inocência, proíbe o emprego de provas obtidas por meios ilícitos, assegura o devido processo legal, com os meios e recursos a ele inerentes, e declara ser o juiz o órgão responsável pela tutela dos direitos individuais em jogo.

2.2.20. A concordância normativa entre estas diversas ordens que a Constituição expede na direção do judiciário, com o declarado propósito de tutelar direitos fundamentais individuais, problematiza a questão objeto do recurso extraordinário e da lei nova propondo duas perguntas com respostas necessariamente opostas: 1. Em tese excluído da arquitetura específica do poder judiciário, o júri tutela direito fundamental do acusado? 2. Existe um «direito fundamental coletivo» a impor a imediata prisão do condenado pelo júri?

2.2.21. A resposta a estas interpelações obrigatoriamente requisita a integração da norma constitucional do júri às demais que gozam do mesmo status, no âmbito da referida «concordância normativa». A «soberania dos vereditos», afinal, foi cunhada para proteger o acusado ou para afirmar o poder do júri sobre os demais órgãos da jurisdição?

Caso a tese correta pudesse ser a de uma «soberania do júri» domesticadora dos poderes de correção dos tribunais, a dar origem a um «direito fundamental coletivo» à execução imediata da pena imposta ao condenado no júri, a solução eliminaria qualquer possibilidade de concordância normativa com a presunção de inocência, que ao exigir o esgotamento dos recursos para a execução da pena considera os efeitos do controle da legalidade do processo, da acusação, da obtenção

das provas, da garantia do contraditório etc. sobre toda e qualquer decisão criminal. Não haveria concordância normativa, mas pura e simples exclusão da incidência de normas constitucionais asseguradoras de direitos fundamentais.

A adoção de um princípio de culpabilidade fática, com a prisão imediata do condenado pelo tribunal do júri, é contrária à presunção de inocência, ignora a metódica constitucional e idealiza um transplante de instituto jurídico esquecendo-se da sua função na origem: proteger o acusado contra possíveis arbítrios praticados por representantes do Estado.

2.2.22. Máximo Langer sugere a admissão de uma postura teórica de abandono da ideia de «transplante» de conceitos e institutos jurídicos, muito comum, mas que falha por não considerar as transformações que estes elementos sofrem ao ingressar em outra tradição cultural.

Em seu lugar o Professor da Universidade da Califórnia sugere acolher a categoria da «tradução» por meio «de um sistema de significados» que considere as linguagens adversarial e inquisitória próprias das respectivas culturas. Sublinha Langer:

“A metáfora do “transplante legal” tem sido o principal instrumento utilizado por estudiosos e profissionais do direito comparado na análise da importação de práticas jurídicas estrangeiras. Esta metáfora, no entanto, tem suas deficiências. Seu principal problema é que transmite a noção de que as ideias e institutos legais podem simplesmente ser “copiados e colados” entre os sistemas jurídicos. Assim, esta metáfora falha ao não considerar a transformação que as ideias e institutos legais podem sofrer quando são transferidos entre os sistemas jurídicos. Neste artigo, proponho a metáfora da “tradução jurídica” como um instrumento heurístico alternativo a ser usado na análise da transferência de ideias e institutos jurídicos entre os sistemas

jurídicos. Os sistemas adversarial e inquisitorial, entendidos como duas culturas processuais diferentes, podem ser entendidos como dois sistemas diferentes de produção de significado. Assim, a transferência de institutos legais de um sistema para o outro pode ser entendido como traduções de um sistema de significado para outro. Especificamente, as transformações que o *plea bargaining* sofreu quando transferida para essas jurisdições de *Civil Law* podem ser entendidas tanto como as decisões tomadas pelos “tradutores” (ou seja, os legisladores) ou como um produto das diferenças estruturais existentes entre a “linguagem” acusatória e inquisitória.”⁴⁹

2.2.23. A «tradução» no caso concreto necessita considerar as características do sistema recursal brasileiro. O estatuto jurídico dos recursos em nosso processo penal de maneira expressa contempla o ato complexo que vem a ser a decisão proferida em julgamento do júri e desdobra as hipóteses recursais, sem embargo de não imunizar quaisquer delas às impugnações peculiares ao regime do recurso especial e do recurso extraordinário.

2.2.24. É do que tratará o item final do presente estudo.

⁴⁹ Tradução livre. No original: “The metaphor of the ‘legal transplant’ has been the main device used by comparative law scholars and practitioners when analyzing the importation of foreign legal practices. This metaphor, however, has its shortcomings. Its chief problem is that it conveys the notion that legal ideas and institutions can simply be ‘cut and pasted’ between legal systems. Thus, this metaphor fails to account for the transformation that legal ideas and institutions may undergo when they are transferred between legal systems. In this Article, I propose the metaphor of the ‘legal translation’ as an alternative heuristic device to employ when analyzing the transfer of legal ideas and institutions between legal systems. The adversarial and the inquisitorial systems, understood as two different procedural cultures, can be understood as two different systems of production of meaning. Thus, the transfer of legal institutions from one system to the other can be understood as translations from one system of meaning to the other. Specifically, the transformations that plea bargaining has undergone when transferred to these civil law jurisdictions can be understood either as decisions taken by the ‘translators’ (i.e., legal reformers) or as a product of the structural differences that exist between the adversarial and inquisitorial ‘languages’.” (LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/langer.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2015. p. 5).

2.3. O VEREDICTO DO JÚRI NA ECONOMIA DAS DECISÕES

2.3.1. Em ensaio que remonta a 2002, Cândido Rangel Dinamarco alerta para o caráter complexo das sentenças, definidas à partida como atos decisórios que extinguem o processo, com ou sem resolução do mérito.⁵⁰

2.3.2. Ressalta o professor das Arcadas que os pronunciamentos judiciais de natureza decisória mais importantes comportam «decomposições inerentes à teoria dos capítulos», na medida em que os atos decisórios a rigor resolvem «variadíssima série de questões processuais», sendo de todo conveniente abordar o tema a partir de uma perspectiva analítica.⁵¹

2.3.3. A lição de Dinamarco, sem embargo de dirigida ao processo civil, é perfeitamente aplicável ao processo penal.

Com efeito, o conteúdo do processo é mais abrangente que seu objeto, definido como ponto que concentrará a atenção e os esforços das partes por expressar as pretensões principais deduzidas em juízo.

2.3.4. Na trajetória percorrida ao longo do processo, questões estritamente processuais seguem lado a lado com as que se referem à pretensão deduzida pelo acusador e à resistência que o acusado a ela oferece. Este conjunto de questões muitas vezes é enfrentado pelo julgador no mesmo ato decisório, observada a precedência lógica das matérias.

2.3.5. De toda maneira, adverte Dinamarco, a estrutura formal da decisão poderá ser decomposta e seus diversos elementos, abrigados no pronunciamento judicial, incidirão «verticalmente, atuando sobre o plano horizontal em que se distribuem os diversos preceitos contidos na sentença».⁵²

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 11.

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 11.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 17.

2.3.6. A percepção da sentença por meio da teoria dos capítulos é especialmente útil – para além da demarcação dos temas para fim de recurso – naqueles casos em que a formação da decisão decorre da cooperação de diferentes órgãos.

2.3.7. A propósito da sentença proferida ao final do julgamento pelo tribunal do júri, José Frederico Marques sublinhará justo essa característica que enfoca sua «complexidade subjetiva», pois que a sentença será o resultado da natureza propriamente heterogênea do colegiado. Afirma, textualmente, Frederico Marques:

“No processo penal, também existe a classificação das sentenças em subjetivamente simples e *subjetivamente complexas*.

Há decisões que, por serem proferidas por órgãos de *colegialidade heterogênea*, ou resultantes da cooperação de vários órgãos, apresentam estrutura análoga à dos atos jurídicos complexos, pelo que as denominou CALAMANDREI de *sentenças subjetivamente complexas*.

Quando ocorre tal fenômeno, o julgamento da *res in judicium deducta* fica cindido, cabendo assim a mais de um órgão apreciar e julgar as questões que integram a lide (*retro*, n.º 131).”⁵³

2.3.8. O júri em essência é um órgão que por força do disposto na Constituição é definido como «de colegialidade heterogênea».

Acentua Frederico Marques:

“As decisões do Tribunal do Júri têm o caráter de sentenças subjetivamente complexas, uma vez que se trata de órgão colegiado de composição heterogênea em que, ao lado dos jurados, que

⁵³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Forense, 1962. p. 33.

decidem do crime e sua autoria, funciona um juiz togado, que decide sobre as sanções a serem aplicadas (*infra*, n.º 777).”⁵⁴

2.3.9. As lições do desembargador e professor de São Paulo são esclarecedoras porque, voltando às referências sobre a economia das sentenças e a teoria dos capítulos das sentenças, a estrutura complexa do referido ato decisório no júri obedece à distribuição de competência estabelecida na Constituição da República, com projeção na esfera da impugnação.

2.3.10. A soberania dos veredictos reflete essa distribuição de competência. Mais uma vez, com desculpas antecipadas, recorre-se às palavras de Frederico Marques:

“A sentença do juiz é de formação complexa, pois que ali se condensam dois atos decisórios: o veredicto dos jurados e o pronunciamento do juiz.

Os jurados decidem sobre o crime e respectiva autoria, bem como sobre as agravantes existentes, e sobre as atenuantes legais, enquanto que o juiz, tendo em vista o que dispõe o art. 42 do Cód. Penal, decidirá sobre a pena a ser imposta, bem como a respeito das demais sanções penais cabíveis, tendo sempre em vista as respostas dadas pelo conselho de sentença ao questionário ou quesitos que lhe foram formulados. Sobre essa decisão ou sentença de caráter complexo, já escrevemos o seguinte: ‘Aos jurados, através do veredicto, cumpre dizer, por meio de respostas a quesitos, se houve ato típico criminalmente ilícito e culpável, atribuível ao réu, bem como reconhecer circunstâncias que influam na aplicação da pena; quanto ao juiz, a tarefa consiste em, de acordo com o veredicto,

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Forense, 1962. p. 33.

lavrar a sentença do Júri, graduar a sanção penal e decidir sôbre a aplicação de medidas de segurança e penas acessórias’.”⁵⁵

2.3.11. No início do estudo foi mencionado o fato de que o júri configura elemento nativo do *Common Law* introduzido no Brasil no contexto de um ordenamento jurídico de matriz continental europeia.

2.3.12. É na sua origem que se deve, portanto, buscar os elementos que permitam compreender o significado do tribunal como instituição social e política e sua função primordial, sublinhada com ênfase na decisão do Caso Ramos *vs* Louisiana linhas atrás: a defesa do acusado contra eventuais abusos representados por uma acusação criminal.

2.3.13. A reserva ao corpo de jurados da competência para a decisão da chamada «matéria de fato» obedece a essa lógica e sua relevância é de tal ordem que a competência para emitir o veredicto é preservada no limite extremo de não se permitir, no âmbito dos Estados Unidos da América, que o juiz funcionário (profissional/togado) delibere sobre «questões de fato» ainda que de maneira indireta.

2.3.14. Nos anos 2000 a Suprema Corte norte-americana decidiu pelo menos duas vezes no sentido de invalidar condenações, quer por ingerência direta do juiz profissional na definição das «matérias de fato», quer porque o juiz profissional empregou elementos da «questão de fato» para incrementar a pena aplicada, privando o corpo de jurados de deliberar a respeito dessas questões fáticas.

2.3.15. Na sequência, excertos das duas decisões que revelam o quanto essa rigidez expressa a visão constitucional da distribuição dos poderes entre jurados e juiz profissional na tradição do *Common Law*.

Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000)

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Forense, 1962. p. 248.

“A Constituição exige que qualquer fato que aumente a pena de um crime para além do máximo legalmente prescrito, à exceção do fato de uma condenação anterior, seja submetido a um júri e provado além de uma dúvida razoável. Pp. 474-497.

(a) A resposta à questão constitucional específica apresentada – se a sentença de Apprendi era admissível, dado que ela excede o máximo de dez anos determinado ao crime imputado – foi anteriormente analisada nas razões de decidir de *Jones v. Estados Unidos*, 526 U. S. 227 e envolve a compreensão de que, em relação à lei federal, a Cláusula do Devido Processo da Quinta Emenda e as garantias de informação e do júri da Sexta Emenda exigem que qualquer fato que aumente a pena máxima de um crime, à exceção da condenação anterior, seja imputado na denúncia, submetido a um júri e provado além da dúvida razoável. A Décima Quarta Emenda ordena a mesma resposta quando uma legislação estadual está em questão. Pp. 474-476.

[...]

(d) À luz da regra constitucional aqui expressa, a prática de Nova Jersey não pode ser tolerada. Ela permite que um júri condene um réu pelo cometimento de um crime de segundo grau por sua constatação além da dúvida razoável e, em seguida, permite que um juiz imponha punição idêntica àquela que Nova Jersey prevê para crimes de primeiro grau por sua constatação, a partir de uma preponderância de prova, de que o objetivo do réu era intimidar sua vítima com base nas características particulares da vítima. O argumento do Estado de que a constatação tendenciosa não é um “elemento” de um crime distinto de ódio, mas um “fator de sentença” de motivo, nada mais é do que uma discordância com a regra aplicada neste caso. Além disso, o argumento não pode prosperar em seus próprios termos. Não importa como a

constatação exigida é rotulada, mas se expõe o réu a uma punição maior do que a autorizada pelo veredicto do júri, tal qual um “aumento” da sentença aqui. O grau de culpabilidade que o legislador associa a uma conduta factualmente distinta tem implicações significativas, tanto para a liberdade de um acusado quanto para o estigma elevado associado a uma ofensa que o legislador selecionou como digna de uma punição maior. Que o Estado tenha inserido uma causa de aumento dentro das disposições de sentença do código criminal não significa que aquela não seja um elemento essencial da ofensa. Pp. 491–497.”⁵⁶

Blakely v. Washington, 542 U.S. 296 (2004)

“Este caso exige que a Corte aplique a regra de *Apprendi v. New Jersey*, 530 U. S. 466, 490, segundo a qual, “além de uma condenação prévia, qualquer fato que aumente a pena de um crime para além do máximo legal prescrito deve ser submetido a um júri e provado para além de qualquer dúvida razoável”. O máximo legal relevante para efeitos do *Apprendi* é o máximo que um juiz pode impor com base apenas nos fatos refletidos no veredicto do júri ou

⁵⁶ Tradução livre. No original: “The Constitution requires that any fact that increases the penalty for a crime beyond the prescribed statutory maximum, other than the fact of a prior conviction, must be submitted to a jury and proved beyond a reasonable doubt. Pp. 474–497. (a) The answer to the narrow constitutional question presented— whether *Apprendi*’s sentence was permissible, given that it exceeds the 10-year maximum for the offense charged—was foreshadowed by the holding in *Jones v. United States*, 526 U. S. 227, that, with regard to federal law, the Fifth Amendment’s Due Process Clause and the Sixth Amendment’s notice and jury trial guarantees require that any fact other than prior conviction that increases the maximum penalty for a crime must be charged in an indictment, submitted to a jury, and proved beyond a reasonable doubt. The Fourteenth Amendment commands the same answer when a state statute is involved. Pp. 474–476. [...] (d) In light of the constitutional rule expressed here, New Jersey’s practice cannot stand. It allows a jury to convict a defendant of a second-degree offense on its finding beyond a reasonable doubt and then allows a judge to impose punishment identical to that New Jersey provides for first-degree crimes on his finding, by a preponderance of the evidence, that the defendant’s purpose was to intimidate his victim based on the victim’s particular characteristic. The State’s argument that the biased purpose finding is not an “element” of a distinct hate crime offense but a “sentencing factor” of motive is nothing more than a disagreement with the rule applied in this case. Beyond this, the argument cannot succeed on its own terms. It does not matter how the required finding is labeled, but whether it exposes the defendant to a greater punishment than that authorized by the jury’s verdict, as does the sentencing “enhancement” here. The degree of culpability the legislature associates with factually distinct conduct has significant implications both for a defendant’s liberty and for the heightened stigma associated with an offense the legislature has selected as worthy of greater punishment. That the State placed the enhancer within the criminal code’s sentencing provisions does not mean that it is not an essential element of the offense. Pp. 491–497.” SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Resumo. Opinião da Corte proferida pelo juiz John Paul Stevens. *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466. n. 99-478. Data da decisão: 26 de junho de 2000. p. 466-467.

admitidos pelo réu. Neste caso, o juiz não poderia ter imposto a pena de 90 meses apenas com base nos fatos admitidos na confissão de culpa, porque a lei de Washington exige que uma pena excepcional se baseie em outros fatores que não os utilizados no cálculo padrão de pena. A condenação imposta ao peticionário não é análoga às que foram mantidas em *McMillan v. Pennsylvania*, 477 U. S. 79, e *Williams v. New York*, 337 U. S. 241, cujas penas atribuídas não eram maiores do que a lei estatal autorizava apenas com base no veredicto. Independentemente de a autoridade do juiz para impor a condenação com aumento de pena depender de um juiz constatar ou um fato especificado, ou um dos vários fatos especificados, ou *qualquer* fato agravante, continua a ser o caso de que o veredicto do júri, por si só, não autoriza a decisão.”⁵⁷

2.3.16. A distribuição constitucional de poderes entre jurados e juízes togados faz parte da herança que o direito brasileiro recebeu e consagrou ao reconhecer que os veredictos são soberanos, enquanto a sentença, na parte que corresponde ao juiz togado, está sujeita ao regime jurídico comum das decisões jurisdicionais.

2.3.17. Por este ângulo Dinamarco é novamente lembrado. Na obra mencionada, a respeito dos capítulos da sentença, o professor da USP indicava o fato de que a investigação destes capítulos influenciava também a disciplina dos recursos.⁵⁸

⁵⁷ Tradução livre. No original: “This case requires the Court to apply the rule of *Apprendi v. New Jersey*, 530 U. S. 466, 490, that, “[o]ther than the fact of a prior conviction, any fact that increases the penalty for a crime beyond the prescribed statutory maximum must be submitted to a jury, and proved beyond a reasonable doubt.” The relevant statutory maximum for *Apprendi* purposes is the maximum a judge may impose based solely on the facts reflected in the jury verdict or admitted by the defendant. Here, the judge could not have imposed the 90-month sentence based solely on the facts admitted in the guilty plea, because Washington law requires an exceptional sentence to be based on factors other than those used in computing the standard-range sentence. Petitioner’s sentence is not analogous to those upheld in *McMillan v. Pennsylvania*, 477 U. S. 79, and *Williams v. New York*, 337 U. S. 241, which were not greater than what state law authorized based on the verdict alone. Regardless of whether the judge’s authority to impose the enhanced sentence depends on a judge’s finding a specified fact, one of several specified facts, or *any* aggravating fact, it remains the case that the jury’s verdict alone does not authorize the sentence. Pp. 5-9.” SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Resumo. Opinião da Corte proferida pelo juiz Antonin Scalia. *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296. n. 02-1632. Data da decisão: 24 de junho de 2004. p. 1-2.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 14.

2.3.18. Com efeito, o artigo 593 do CPP trata do recurso de apelação e estabelece que tanto o veredicto como o capítulo e parte da sentença privativos do juiz togado podem ser impugnados e o podem ser autonomamente.⁵⁹

2.3.19. Quanto à impugnação da parte da sentença que é da competência exclusiva do juiz togado não há dúvida séria que a exclua *a priori*. Estabelece o citado artigo do estatuto processual que será apelável a sentença proferida no júri na hipótese de: *i*) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; *ii*) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; *iii*) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança. Ao menos no primeiro caso a condenação desaparece, no segundo ela pode ser afetada e no terceiro é a prisão que poderá ser questionada.

2.3.20. Todas as causas de impugnação acima referidas podem estar presentes em sentenças concretas que desafiem recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou extraordinário, ao próprio Supremo Tribunal Federal.

2.3.21. Neste contexto, o resultado dos julgamentos das ADCs 43, 44 e 54 tem inteira aplicação às sentenças proferidas no júri. Basta, pois, que se reconheça nelas a qualidade de decisões subjetivamente complexas para entender que,

⁵⁹ Art. 593, CPP. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

§ 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida retificação. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

§ 2º Interposta a apelação com fundamento no III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

§ 3º Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

§ 4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

enquanto não operada a preclusão, a simples condição de impugnabilidade dessas sentenças configura impedimento ao trânsito em julgado. O impedimento ao trânsito em julgado, por sua vez, interdita a execução da pena, pois, como reconheceu o STF, a execução provisória da pena é inválida por causa da presunção de inocência.

2.3.22. A tese proposta no incidente de repercussão geral ignora o caráter subjetivamente complexo da sentença do júri, como ignorou o tratamento desigual que postula para crimes conexos julgados pelo júri e pelo juiz comum, sugerindo um regime de desigualdade que não encontra eco na Constituição da República.

2.3.23. A razão provável está na ênfase conferida ao «veredicto» e à sua «soberania», claramente interpretada como causa de imutabilidade da decisão dos jurados.

2.3.24. Ainda que se conceda à tese o imenso poder de abstração da realidade, que aparta do mundo da vida e do Direito os restantes elementos da sentença do júri, que no entanto seguem sujeitos à impugnação e nesta condição obstaculizam o trânsito em julgado da condenação, fato é que a interpretação da «soberania dos veredictos» para justificar a prisão imediata está carregada de enviesamento.

2.3.25. Pode-se defender que o veredicto absolutório é imutável, porque o júri é garantia do acusado e o juiz togado, assim como o tribunal, está impedido de revolver a matéria de fato para questionar o mérito de sua avaliação pelo Conselho de Sentença. Leitura constitucionalmente adequada do disposto na alínea *d* do inc. III do art. 593 do CPP deve levar à conclusão de que a regra não foi recepcionada na hipótese de se contestar veredicto absolutório.

2.3.26. Ainda assim e apesar de aqui não se colocar a problemática da execução provisória, releva notar que nem mesmo o veredicto absolutório transita em julgado imediatamente.

2.3.27. Com efeito, o Ministério Público poderá apelar da sentença sob a alegação de nulidade do julgamento – p.e. quebra da incomunicabilidade dos jurados – e provido o recurso o acusado pode ser submetido a novo júri.

2.3.28. O veredicto condenatório, à diferença do absolutório, não é inexpugnável, tanto quanto a competência dos jurados para julgar os crimes dolosos contra a vida pode ser derogada no caso concreto pelo juiz togado que desde logo vier a absolver o acusado por entender que inequivocamente este agiu em legítima defesa.

2.3.29. Nas duas situações o que há é a denominada «quebra positiva de direitos fundamentais» que, como sublinhado, leva à interpretação da garantia em favor de seu titular e nunca contrariamente a ele. A absolvição sumária está recepcionada e é inquestionável porque a violação da competência constitucional do Conselho de Sentença opera em favor daquele para que o júri é a própria garantia.

2.3.30. Ainda que não se queira considerar que o princípio da justiça material é o cimento do pacto social plasmado na Constituição, sendo, portanto, incoerente a ideia de que a Constituição aceitaria conviver com a injustiça de uma condenação daquele a quem prometeu proteção, isso ao menos até o ajuizamento e conclusão de uma revisão criminal,⁶⁰ não é razoável sustentar a interpretação manifestada na proposta de tese no incidente de repercussão geral.

2.3.31. E não o é porque o duplo grau de jurisdição como garantia *do acusado* é imperativo jurídico que decorre da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁶¹

⁶⁰ Os tribunais superiores fixaram entendimento de que a soberania dos veredictos não é um valor por si mesmo, mas sim na sua relação com a noção de júri como garantia do acusado. Nessa linha, tanto STF como STJ admitem que em sede de revisão criminal o veredicto condenatório possa ser substituído por acórdão absolutório. Cf. Recurso Especial n. 964.978/SP. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Laurita Vaz. Relator para o Acórdão: Min. Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJRJ). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Geraldo Segatelli. Data do Julgamento: 14 de agosto de 2012. Recurso Extraordinário com Agravo n. 674.151. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Recorrido: Carlos Augusto Machado. Data do Julgamento: 15 de outubro de 2013.

⁶¹ Art. 8 (CADH). Garantias Judiciais.
[...]

2.3.32. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de recorrer da sentença ao tribunal superior. O Pacto de São José da Costa Rica não exclui da garantia os condenados pelo tribunal do júri. A regra se aplica a eles, portanto. E o duplo grau de jurisdição, como é sabido, devolve ao tribunal superior a matéria de mérito se este for o perímetro traçado pela defesa do acusado recorrente.

2.3.33. A garantia convencional do duplo grau de jurisdição ao acusado – e não às partes – é convergente com a interpretação da soberania dos veredictos também como garantia do acusado em face de veredicto de condenação. Ambas as garantias, por sua vez, harmonizam-se com a presunção de inocência, configurando fator de impedimento da execução provisória da pena.

2.3.34. Uma tese jurídica que no direito brasileiro interprete a «soberania dos veredictos» em desfavor do acusado, para justificar a execução provisória da condenação, conflita: a) com a estrutura subjetivamente complexa da sentença do júri, composta por elementos recorríveis em diferentes extensão e profundidade; b) com a concepção constitucional do júri como garantia do acusado, fruto da opção constitucional brasileira de se manter fiel à tradição do júri em sua origem no âmbito do *Common Law*; c) com a presunção de inocência prevista na Constituição da República; e d) com a garantia convencional do duplo grau de jurisdição em favor do acusado, que não diferencia condenados pelo júri, por escabinados, outros tribunais ou juízes.

2.3.35. Duas últimas observações. A tese proposta no incidente de repercussão geral igualmente aparenta pretender ignorar o regime jurídico-legal das medidas cautelares que dispõe sobre a prisão preventiva, providência que pode ser decretada mesmo na sentença, desde que constatado por elementos concretos existentes

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

no processo, que a liberdade do acusado poderá colocar em risco a aplicação da lei penal. A decisão por evidente deve estar fundamentada.

2.3.36. Em 1985 a ditadura civil-militar chegava ao final. A Constituinte foi convocada. Era hora de pensar o Brasil para o futuro. Não há como propor um programa para o futuro de um povo sem ponderar as experiências do passado. Em particular, naquela época, sem levar em conta as práticas autoritárias que os governantes levaram a cabo entre 1964 e 1985.

2.3.37. Com sinceridade, não parece correto supor que o tribunal do júri foi estabelecido na Constituição de 1988 entre direitos e deveres individuais e coletivos como algo distinto da garantia dos acusados de que o poder abusivo do Estado encontraria resistência cidadã.

A mesma resistência do tempo das revoltas na Regência e no Império, que irritaram e provocaram os governantes que pretendiam submeter à força aqueles que ousavam dissentir. Naquela época, no Senado, houve defesa veemente do júri contra a pretensão dos partidários do governo que o queriam abolir, como forma de enfrentar a Revolta dos Balaios (1838-1841) e a aliança entre os pretos sublevados, comandados por Cosme Bento, e os liberais liderados por Manuel Balaio.

Os governantes venceram, em 1841 o primeiro conselho de jurados foi extinto, o júri foi modificado, os poderes policiais ampliados. As reformas antiliberais prevaleceram.⁶²

2.3.38. Como instituição o júri pode ser alterado. Pode deixar de ser a garantia do cidadão. Neste sentido tudo é possível no mundo da vida. Nossa história o revela. Uma mudança tão significativa, todavia, reclama que a Constituição mesma desabrigue o espírito de defesa das liberdades.

⁶² CARLOTTI, Danilo Panzeri. As ideias “liberais” e a oposição à reforma do Código do Processo Criminal de 1841. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, número 205, janeiro-março de 2015, p. 147-159. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p147.pdf. Consultado em: 05 de junho de 2020.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América no recente e já paradigmático julgamento *Ramos vs Louisiana* decidiu que «vidas pretas importam» e que a limitação do poder repressivo por meio de maiores exigências para a punição pelo júri é uma maneira de expressar isso. O Supremo Tribunal Federal está diante da oportunidade de decidir se «vidas pretas brasileiras também importam», acolhendo o júri como garantia dos acusados e não como um instrumento repressivo em desfavor deles.

3. QUESITOS:

1. Os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência podem ou devem coexistir de forma harmônica à luz da Constituição da República?

Conforme respondido no corpo do parecer, a estrutura subjetivamente complexa da sentença do júri, composta por elementos recorríveis em diferentes extensão e profundidade, e a concepção constitucional do júri como garantia do acusado, base da soberania dos veredictos, harmonizam-se com a presunção de inocência, assegurando ao condenado pelo tribunal do júri o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória. Isso, todavia, não é impedimento para eventual decretação da prisão preventiva desde que presentes os requisitos exigidos para a adoção da medida cautelar a ser examinada em cada situação concreta.

2. Respeitar a presunção de inocência na medida do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar as ADCs nº 43, 44 e 54, viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos?

Também como respondido no corpo do parecer, a presunção de inocência e a soberania dos vereditos, prevista como garantia do acusado submetido a julgamento no tribunal do júri, harmonizam-se. A presunção de inocência incide em coordenação com a garantia convencional do duplo grau de jurisdição em favor do acusado, que não excepciona o júri. Ao revés, interpretação excludente, que afaste a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição, nas causas do júri, viola o princípio constitucional da igualdade. A soberania dos veredictos deve ser interpretada a partir da tradição da instituição do júri, em defesa do acusado em um regime de liberdades públicas.

Ressalvado melhor entendimento, este é o parecer.

Rio de Janeiro, 05 de junho de 2020.



Geraldo Prado