

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
MESTRADO EM DIREITO

BRUNO HENRIQUE MOREIRA MARQUES

**DA SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI EM SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS:
(IM)POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO**

POUSO ALEGRE/MG

2020

BRUNO HENRIQUE MOREIRA MARQUES

**DA SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI EM SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS:
(IM)POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias

FDSM - MG
2020

FICHA CATALOGRÁFICA

M377 MARQUES, BRUNO HENRIQUE MOREIRA MARQUES
DA SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI EM SENTENÇAS
ABSOLUTÓRIAS: (IM)POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE
RECURSO DE APELAÇÃO. / BRUNO HENRIQUE MOREIRA
MARQUES MARQUES. Pouso Alegre: FDSM, 2020.
115p.

Orientador: Cristiano Thadeu Silva Elias.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Soberania dos veredictos. 2. Sentença absolutória. 3. Recurso de
apelação. I Silva Elias, Cristiano Thadeu. II Faculdade de Direito do Sul
de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

Dedico este trabalho a Deus; sem ele não haveria a possibilidade de
realizar este sonho.

Aos meus pais, por todo incentivo e apoio para estudar e continuar
estudado.

Ao meu irmão, Vitor Hugo, pelo apoio incondicional, possibilitando a
realização deste sonho.

Ao saudoso professor desta Faculdade de Direito, Dr. Antonio Tadeu
Ribeiro, o “Tadeu Dedinho”; que como um pai, sempre me incentivou e
possibilitou meus estudos, ensinando os primeiros passos da Advocacia;
sem ele não teria me apaixonado pelo Direito e pelo Tribunal do Júri.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, e por ajudar a ultrapassar todos os obstáculos que encontrei nesta trajetória.

À minha família, que sempre me incentivou e apoiou em todos os momentos difíceis.

À Fabiana, que durante os momentos que estivemos juntos soube compreender a minha ausência enquanto eu me dedicava à realização deste trabalho e sonho.

Ao meu orientador, professor Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias, meu eterno agradecimento pela oportunidade de ser seu orientando e pela enorme paciência durante a construção deste trabalho, não medindo esforços para me ver caminhar. Minha eterna gratidão!

À Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e todos os seus colaboradores, em especial os do Mestrado, Juliana, Natália e Jussara, bem como a todos os professores do curso de pós-graduação, os quais proporcionaram aulas incríveis e momentos únicos durante o curso.

Aos meus colegas de escritório, pela paciência e apoio durante todo este período, me ajudando de forma incondicionada.

Aos meus amigos de turma do Mestrado, meu agradecimento por tantas ajudas, levarei cada um de vocês no meu coração pelo resto da vida. Contem sempre comigo.

A todos que de algum modo me ajudaram a chegar até aqui. Serei eternamente grato!

RESUMO

MARQUES, Bruno Henrique Moreira. Da soberania do Tribunal do Júri em sentenças absolutórias: (im)possibilidade de interposição de recurso de apelação. 2020. 115f. **Dissertação** (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas de Pouso Alegre. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2020.

O tribunal do júri é instituição secular que permanece em nosso ordenamento jurídico até os dias atuais, com previsão e garantias constitucionais. Diversas foram as reformas realizadas no rito do júri, tendo a se destacar a reforma de 2008 que modificou o formato de quesitação e votação dos jurados, inserindo um quesito genérico e obrigatório contendo a seguinte pergunta: “o jurado absolve o réu?”. Em decorrência da simplificação do sistema de votação vários recursos da acusação começaram a ser manejados contra as sentenças absolutórias do júri, ao argumento de serem manifestamente contrária à prova dos autos, motivando os tribunais de justiça a cassarem as sentenças de submeter os acusados a novo julgamento. Em razão deste entendimento dos tribunais a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal, questionando a possibilidade de à acusação aviar o recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do júri, sob o argumento de serem manifestamente contrárias à prova dos autos. Para se analisar a possibilidade do recurso de apelação por parte da à acusação seria necessário, como forma de decisão, a ponderação entre os princípios em colisão - a soberania dos veredictos e o duplo grau de jurisdição -. Após o sopesamento dos princípios, restou concluído que não se pode admitir recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do júri, sob pena de violação a diversos princípios de direito fundamental.

Palavras-chave: Soberania dos veredictos; Júri; Sentença absolutória; Recurso de apelação.

ABSTRACT

MARQUES, Bruno Henrique Moreira. On the sovereignty of the Jury Court in absolute sentences: (im) possibility of lodging an appeal.2020. 115f. **Dissertation** (Master in Constitutionalism and Democracy) – Faculdade de Direito do Sul de Minas de Pouso Alegre. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2020.

The jury court is a secular institution that remains in our legal system until today, with provision and constitutional guarantees. There were several reforms carried out in the jury's rite, with emphasis on the 2008 reform that changed the format of the juries' questioning and voting, inserting a generic and mandatory question containing the following question: “does the juror absolve the defendant?”. As a result of the simplification of the voting system, several appeals from the prosecution began to be handled against the jury's absolute sentences, on the grounds of being manifestly contrary to the evidence in the file, motivating the courts to overturn the sentences of subjecting the accused to a new trial. . Due to this understanding of the courts, the matter reached the Federal Supreme Court, questioning the possibility of the prosecution turning the appeal against the jury's absolute sentences, on the grounds that they were manifestly contrary to the evidence in the case file. In order to analyze the possibility of an appeal by the prosecution, it would be necessary, as a form of decision, to consider the colliding principles - the sovereignty of the verdicts and the double degree of jurisdiction -. After weighing up the principles, it was concluded that an appeal cannot be admitted against the jury's absolute sentences, under penalty of violation of several fundamental rights principles.

Keywords: Sovereignty of verdicts; Jury; Absolute sentence; Appeal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DA ANÁLISE DOGMÁTICA DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	14
1.1 Da construção histórica do tribunal do júri	15
1.2 Da decisão do conselho de sentença.....	23
1.3 Da apelação de sentença no tribunal do júri.....	34
2. DA TENSÃO PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI	45
2.1 Dos princípios e regras da constituição na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.....	45
2.2 Do princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal	55
2.3 Do princípio da soberania do tribunal do júri.....	64
3. DA PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS PARA DETERMINAR A ADMISSIBILIDADE DE RECURSO.....	76
3.1 Da teoria do sopesamento entre princípios constitucionais.....	76
3.2 Do sopesamento no processo penal	84
3.3 Da ressignificação do conceito de plenitude de defesa	95
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação, elaborado de acordo com a área de concentração: Constitucionalismo e Democracia e linha de pesquisa efetividade dos direitos fundamentais sociais, tem enfoque na soberania das decisões do tribunal do júri, verificando a possibilidade de se insurgir contra ela por meio do recurso de apelação, analisando o princípio constitucional da soberania dos veredictos do júri e o duplo grau de jurisdição, bem como a sua repercussão no direito processual penal.

Considerado um instituto secular, o tribunal do júri perdura no tempo, possuindo características peculiares de julgamento, eis que há uma incisiva participação popular na decisão jurídica. Embora alguns países da Europa tenham modificado seu procedimento, diminuindo a sua competência de julgamento, ou mesmo até o extirparam do ordenamento jurídico, no Brasil, assim como nos Estados Unidos da América, a sua utilização ainda existe, tendo bastante prestígio, possuindo inclusive *status* constitucional¹.

O tribunal do júri é órgão especial do poder judiciário com previsão constitucional, estando inserido no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, no título dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo I - dos direitos e deveres individuais e coletivos-. Trata-se, portanto, de um direito do indivíduo, do cidadão, e não uma garantia do poder judiciário. Deve-se ressaltar que por se referir a um direito e garantia fundamental, o júri pertence ao rol dos direitos chamados de imutáveis, por serem cláusula pétrea².

No direito pátrio, o júri é um tribunal especial que possui competência em razão da matéria, sendo-lhe privativo e exclusivo o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, na forma tentada ou consumada, além dos crimes a eles conexos. Nesse sentido é a lição de Nucci:

O art. 5.º, XXXVIII, *d*, da CF, assegura a competência do júri para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida. (...)

A cláusula pétrea, no direito brasileiro, impossível de ser mudada pelo Poder Constituinte Reformador (ou Derivado), não sofre nenhum abalo caso a competência do júri seja ampliada, pois sua missão é impedir justamente o seu esvaziamento.

¹ BITTENCOURT, Fabiana Silva. *Tribunal do júri e teoria dos jogos*. Florianópolis: EMais, 2018. p. 09.

² As normas que definem direitos e garantias individuais têm aplicação imediata, com previsão expressa no art. 5º, § 1º, da CF/88, vinculando de forma positiva o Estado às normas. As instituições fundamentais da democracia constituem núcleo imodificável por via de emenda constitucional, não podendo ser objeto de deliberação por emenda constitucional, expressamente previsto no artigo 60, § 4º, inciso IV, chamadas de cláusulas pétreas. In: SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 288/289.).

Além disso, demonstrado ser possível que o Tribunal Popular julgue outros delitos, que não somente os dolosos contra a vida, encontra-se o cenário dos crimes conexos. É viável que os jurados decidam condenar ou absolver o autor de um estupro ou de roubo, por exemplo, bastando que o delito seja conexo ao crime doloso contra a vida³.

O antigo sistema de quesitação do júri, o qual estava previsto no revogado artigo 484 do código de processo penal, era demasiadamente complexo e com desdobramentos, pois cada tese que era levantada pela defesa em plenário resultava em forma de quesito, dificultando assim a interpretação e o entendimento do corpo de jurados, principalmente, porque na maioria das vezes eram pessoas leigas, desconhecedoras das leis brasileiras e do procedimento de julgamento. Por esse motivo, o procedimento era alvo de muitas críticas por parte da doutrina, acarretando diversos recursos nos tribunais questionando a interpretação contraditória dos jurados nas respostas aos quesitos. Verifica-se que um dos objetivos da reforma processual foi justamente tentar simplificar o sistema de votação dos jurados, evitando-se uma confusão na interpretação e na votação.

No ano de 2008, três leis modificaram o regramento do processo penal brasileiro, chamada de “reforma processual penal”, sendo que, dentre elas, a Lei n.º 11.689, de 09 de junho de 2008, remodelou drasticamente o rito do tribunal do júri, alterando a forma extensa de quesitação e votação dos jurados, uma vez que, excetuando as teses negativas de autoria ou de materialidade do delito, as demais questões absolutórias de mérito ficaram resumidas a um só terceiro quesito, genérico e obrigatório, qual seja: “*O jurado absolve o acusado?*”, redação esta imperativa e decorrente da referida reforma processual, estando preconizada no atual artigo 483 do Código de Processo Penal.

Entende-se que com a reforma processual o Legislador quis de fato simplificar o procedimento e a forma de quesitação, trazendo aos jurados apenas o dever de dizer se absolve ou não o réu. O novo texto processual, oriundo da reforma de 2008, também trouxe outras questões inovadoras para o procedimento do júri, como o modelo de livre ou da íntima convicção dos jurados, não estando eles mais obrigados nem vinculados à tese defensiva nenhuma, podendo entenderem e decidirem por uma; por outras; por duas ou mais; ou, por nenhuma, mas sim e tão somente, por dó, clemência, comiseração, piedade, e então absolver o réu, sem sequer justificar ou fundamentar a sua decisão, a qual é secreta e soberana.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35

Diante do novo modelo de quesitação aos jurados, conclui-se que o réu pode ser absolvido, mesmo que se tenha reconhecido em votação anterior a autoria e a materialidade delitiva, pois a decisão do júri é livre ou íntima e imotivada, sendo, também soberana. Todavia, outro problema surgiu após a reforma. O próprio legislador previu, em regra não alterada pela reforma do código de processo penal, a possibilidade de se recorrer por meio do recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do tribunal do júri, sob o pretexto de serem manifestamente contrária a prova dos autos.

Como se pretende analisar, tal situação se revela encampada nos princípios próprios e informadores do tribunal do júri, exarados no texto da Lei Maior, assim como em outros princípios processuais penais, como o duplo grau de jurisdição, a soberania dos veredictos e a íntima ou livre convicção dos jurados. Face a essa exposição, verifica-se que o Judiciário recebe inúmeros recursos de apelação contra as sentenças absolutórias do conselho de sentença do júri, e ao mesmo tempo, recebe outra diversidade de recursos que questionam a compatibilidade recursal da apelação contra a decisão absolutória do júri, colocando em discussão a colisão entre a soberania do júri com o duplo grau de jurisdição.

Esse fato revela-se no Superior Tribunal de Justiça, guardião do fiel cumprimento da lei Federal e responsável por unificar a jurisprudência entre os tribunais, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, o qual recebe diversos recursos questionando a possibilidade e a compatibilidade entre o recurso de apelação aviado contra sentença absolutória do conselho de sentença; o atual ordenamento jurídico; e, o princípio constitucional formador do júri e o da soberania dos veredictos.

A exemplo disso podemos verificar no julgamento do Habeas Corpus n.º 350.895 (RJ)⁴, publicado em 17/05/2017, o qual a sexta turma, por maioria, com voto de relatoria lavrado pelo

⁴EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. RECONHECIMENTO. QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO. ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. CLEMÊNCIA. CABIMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. ANULAÇÃO. PRESUNÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ILEGALIDADE CONFIGURADA.

1. O entendimento de que o Júri não poderia absolver o acusado, quando reconhecesse a materialidade e autoria, é diretamente contrário às determinações do art. 483 do Código de Processo Penal, pois, conforme seus §§ 1º e 2º, a votação do quesito absolutório genérico somente ocorre quando há resposta afirmativa em relação aos quesitos referentes à materialidade e à autoria. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico, ou seja, deve ser formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos. 3. É possível ao Tribunal de Apelação, por uma única vez, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri que absolve o acusado, apesar de reconhecer a autoria e a materialidade, sob o argumento de ser contrário à prova dos autos, desde que o faça a partir

Min. Sebastião Reis Júnior, cassou a decisão do tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que havia anulado a decisão do júri de primeira instância com o argumento de ser contrária a prova dos autos, a fim de restabelecer a referida decisão absolutória do conselho de sentença. Extrai-se do excerto que, além da decisão não ser unânime, demonstrando que há controvérsia entre os próprios Ministros do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de se aviar recurso de apelação contra sentenças absolutórias do júri, comprovando a complexidade do tema e sua relevância para o direito e a pesquisa científica.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal de 1988, também é questionado sobre a existência de fundamento constitucional para se aviar recurso de apelação contra as decisões absolutórias do júri. Em agosto de 2019, ao julgar monocraticamente o Recurso Ordinário em Habeas Corpus de n.º 117.076 (PR)⁵, de relatoria do Ministro Celso de

de fundamentação idônea, lastreada em elementos probatórios concretos colhidos ao longo da instrução processual e não em mera presunção. 4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria. 5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade à provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão. 6. O Tribunal de origem, no caso, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, não evidenciou concretamente que a absolvição estaria divorciada das provas colhidas na instrução processual e, tampouco, demonstrou que o pedido de clemência e seu acolhimento estariam desamparados de lastro fático mínimo. Na verdade, concluiu que o julgamento seria contrário à prova dos autos a partir de mera presunção decorrente da absolvição após o reconhecimento da materialidade e da autoria, o que constitui ilegalidade. 7. Ordem concedida para cassar o acórdão da apelação e restabelecer a absolvição proferida pelo Tribunal do Júri. In: BRASIL. STJ – HC: 350895 RJ 2016/ 0061223-6, Relator: Ministra Thereza de Assis Moura, Data do Julgamento: 14/03/2017, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 17/05/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739323/habeas-corpus-hc-350895-rj-2016-0061223-6/inteiro-teor-465739333>>. Acesso em 10 jan. 2021.

⁵ EMENTA: Recurso ordinário em “habeas corpus”. Tribunal do Júri. Quesito genérico de absolvição (art. 483, inciso III, e respectivo § 2º, do CPP). Interposição, pelo Ministério Público, do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP. Descabimento. Doutrina. Jurisprudência. Recurso ordinário provido. A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legítima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência. Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”.

Melo, restou decidido que o recurso de apelação aviado pelo Ministério Público contra a sentença absolutória do tribunal do júri, sob o fundamento de contrariedade a prova dos autos, calcado na alínea “d”, do artigo 593, inciso III, do código de processo penal, implica em nítida afronta ao princípio constitucionais da soberania dos veredictos no tribunal do júri.

Colhe-se pela análise dos julgados que a reforma processual de 2008 foi necessária, além de inovar a jurisprudência, pois há a incidência de uma colisão de princípios, quando se depara com a necessidade de se julgar um recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do tribunal do júri, sob o fundamento de serem elas manifestamente contrária a prova dos autos. A relevância e as grandes discussões nos dois julgados colacionados justificam o tema. Nesse caso, o problema dessa pesquisa resume-se a seguinte questão: Há fundamento constitucional para à apelação aviada contra uma sentença absolutória, quando os jurados absolvem peremptoriamente o acusado?

O primeiro capítulo do presente trabalho trata especificamente do tribunal do júri, fazendo uma análise dogmática, discorrendo, em um primeiro momento, sobre o seu aspecto histórico, como surgimento, evolução e inclusão no ordenamento jurídico brasileiro ao longo das constituições até a atual, consagrando-o como garantia fundamental. Em seguida abordaremos a decisão do conselho de sentença no tribunal do júri, descrevendo os aspectos dessa decisão proferida pelos jurados. O terceiro tópico do primeiro capítulo analisa a apelação de sentença, discorrendo sobre as possibilidades de se aviar o referido recurso contra as decisões do Conselho de Sentença.

No segundo capítulo, o trabalho propõe um estudo sobre a tensão principiológica constitucional no âmbito do tribunal do júri. Descreve em três subcapítulos, analisando os princípios e regras da constituição, tomando como ponto de partida o trabalho de Robert Alexy sobre direitos fundamentais. Na sequência, será explorado o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição sobre o qual se assenta a apelação de sentença no tribunal do júri. Por fim, em sentido oposto, será estudado o princípio constitucional da soberania do tribunal do júri, salientando sua posição entre os direitos e garantias fundamentais.

No terceiro capítulo, trataremos da ponderação entre princípios para determinar a admissibilidade da apelação de sentença absolutória do tribunal do júri, discorrendo sobre a teoria do sopesamento entre princípios constitucionais presente na referida obra de Robert Alexy e de outros autores nacionais que compartilham do seu pensamento, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No segundo subcapítulo, será analisada a possibilidade do sopesamento no processo penal, tendo em vista que, por força princípio da presunção de inocência, é norma de julgamento que quaisquer dúvidas devem ser resolvidas em favor do acusado. Finalmente, no terceiro subcapítulo, será analisada a teoria do princípio constitucional da plenitude de defesa no âmbito do tribunal do júri, objetivando a sua ressignificação para compreender a admissibilidade de apelação de sentença.

Diante da relevância do tema, o qual após a reforma processual de 2008 propiciou diversas discussões e debates, doutrinários e jurisprudenciais, sendo esta última em diversos tribunais, justifica-se a pesquisa sobre o tema, pela sua relevância para o poder Judiciário e para o direito, pretendendo, assim, contribuir com essa análise sobre o assunto.

1. DA ANÁLISE DOGMÁTICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Neste primeiro capítulo o trabalho pretende realizar uma análise dogmática do tribunal do júri, trazendo uma construção histórica desde os relatos de sua origem até os dias atuais, com seu aspecto constitucional, passando pelo sistema inglês e francês, devido a ligação direta com a história do surgimento do modelo de julgamento. Em um segundo momento, ainda dentro do primeiro capítulo, analisaremos a decisão do conselho de sentença, sua previsão legal, para compreendermos que tipo de decisão é proferida pelo corpo de jurados, principalmente sob o aspecto constitucional e qual a vinculação do magistrado à essa decisão, para que então, no último tópico do primeiro capítulo, possamos compreender o recurso de apelação contra sentença proferida pelo tribunal do júri, suas hipóteses de cabimento e previsão legal.

Com o propósito de contextualizar o presente estudo e melhor compreendê-lo na discussão a ser incursada, se faz necessário, primeiramente, a análise histórica do tribunal do júri. Expor um breve apanhado histórico sobre o seu surgimento e o seu desenvolvimento, desde os relatos na Inglaterra⁶ até o seu atual formato na constituição do Brasil, é imprescindível para que se possa evidenciar a importância do tribunal do júri.

É evidente que o direito, enquanto objeto de conhecimento, deve ser visto de forma diferente. Se o enfoque é dogmático, razão pela qual somente com o conhecimento das premissas históricas do procedimento a ser estudado e pesquisado se pode chegar a conclusão da sua atual forma jurídica. Consoante afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

O jurista, ao se obrigar aos dogmas, parte deles, mas dando-lhes um sentido, o que lhe permite certa manipulação. Ou seja, a dogmática jurídica não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é função da dogmática⁷.

Após a contextualização histórica, considerando as inúmeras alterações que o tribunal do júri sofreu, desde a sua primeira inclusão no ordenamento jurídico pátrio até os dias atuais, incluindo aqui a reforma processual de 2008, a qual alterou drasticamente a forma de julgamento e votação, urge uma análise da decisão proferida pelo conselho de sentença, para que se possa

⁶ “Sabe-se que o mundo já conhecia o júri. Porém, a instituição, na sua visão moderna, encontra sua origem na Magna Carta da Inglaterra, depois que o Concílio de Latrão aboliu as Ordálias e os Juízos de Deus.” In: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 209.

⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 49.

compreender sua natureza, fundamentação, e os seus limites, de modo a averiguar onde inicia e termina sua competência para o julgamento⁸. Visa a correta compreensão, ou seja, em qual patamar jurídico se encaixa, para que se verifique se ela poderá ser questionada por um tribunal superior.

Finalizando o capítulo, no último tópico ocorre uma abordagem sobre a apelação de sentença no tribunal do júri, possibilitando que haja uma compreensão do que seria o referido recurso⁹, quando é cabível, bem como o seu fundamento, para que se possa analisar a sua compatibilidade com o atual regramento jurídico, principalmente, entre a reforma processual e os dispositivos já existentes antes das mudanças legislativas.

Portanto, com base nas advertências, as quais, em verdade, alertam para a necessidade de uma prévia compreensão da história, do rito processual, das decisões e do recurso de apelação de sentença do tribunal do júri, estes temas serão doravante tratados, tendo como pressuposto identificar corretamente, ao final, o problema e resultado da pesquisa.

1.1 Da construção histórica do tribunal do júri

O tribunal do júri é reconhecidamente uma instituição secular. Na sua atual feição, os registros afirmam que se originou na Magna Carta da Inglaterra, no ano de 1215¹⁰. Entretanto, diferentemente do que sustentam alguns doutrinadores, este não nasce propriamente dito na Inglaterra, eis que já existiam, no mundo, outros tribunais com as suas características. Alguns buscam sua origem nos *heliastas* gregos, nas *quaestiones perpetuae* romanas, no tribunal de

⁸ “Findo o julgamento na sala especial, pelo Conselho de Sentença, cabe ao juiz presidente lavrar a sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso. A principal regra a ser observada consiste em não invadir, sob qualquer prisma, o mérito da decisão”. In: NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri.*, 2015, p. 415.

⁹ “A palavra recurso é originária do latim *recursos*, particípio passado do verbo *recurrere*, que significa *recorrer*, retomar o curso, voltar pelo mesmo caminho”. In: BUENO, Francisco da Silveira. *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 6, p. 3409. “A palavra recurso vem do vocábulo *recursus*, que significa corrida para trás, caminho para voltar, volta. Por outro lado, o termo *recursus*, *recurre*, *recurso*, *recorrer*, que se traduz por voltar correndo. Tal expressão, pois, dá a ideia de um novo curso daquilo que estava em curso. Daí o seu emprego para traduzir aquele ato por do qual a parte pode pedir ao Órgão Jurisdicional que reexamine a questão decidida, retornando, assim, ao ponto de onde se partiu”. In: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299.

¹⁰ O Tribunal do Júri, conforme Jader Marques “constitui uma das instituições mais antigas do processo judicial, porém, até a atualidade discute-se sua origem histórica. Muito embora se possa falar da existência do Júri na antiguidade, é na Carta Magna Inglesa que ele aparece com mais especificidade, servindo de modelo para o mundo. In: MARQUES, Jader. *Tribunal do júri: considerações críticas à lei 11.689/08 de acordo com as leis 11.690/08 e 11.719/08*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.15.

assises de Luis, o Gordo, na França (ano de 1137). Porém, não há nenhuma hereditariedade histórica do júri a essas organizações”.¹¹

Nesse mesmo sentido ensina Nucci:

A instituição, na sua visão moderna, encontra sua origem na Magna Carta, da Inglaterra, de 1215. Sabe-se, por certo, que o mundo já conhecia o júri antes disso, como ocorreu, especialmente, na Grécia e em Roma, e, nas palavras de Carlos Maximiliano, “as origens do instituto, vagas e indefinidas, perdem-se na noite dos tempos” (*Comentários à Constituição brasileira*, p.156). Entretanto, a propagação do Tribunal Popular pelo mundo ocidental teve início, perdurando até hoje, em 1215, com o seguinte preceito: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de *juízo de seus pares*, segundo as leis do país”¹².

Verifica-se que não faltam afirmações sobre a origem do júri, algumas mais, outras menos remotas, porém todas confirmam o seu caráter secular, milenar e até mesmo datados de antes de Cristo. Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci, prelecionando a matéria do júri, diz que:

[...] há quem afirme, com respeitáveis argumentos, que os mais remotos antecedentes do Tribunal do Júri se encontram na lei mosaica, nos dikastas, na Hiliaia (Tribunal dito popular) ou no Areópago gregos; nos centeni comitês, dos primitivos germanos; ou, ainda, em solo britânico, de onde passou para os Estados Unidos e, depois, de ambos para os continentes europeus¹³.

Em que pese a existência de diversas alegações sobre sua origem, ainda não se sabe em qual período histórico precisamente instituiu-se um tribunal que teria como competência julgar os homens por meio de um veredicto dos próprios pares¹⁴. Conforme se percebe dos relatos históricos acima transcritos, há indicativo da presença de características gregas, romanas e hebraicas¹⁵.

¹¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 72.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 843/844.

¹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do Júri: origem, evolução, características e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 12.

¹⁴ Necessário frisar que qualquer forma de reprodução da história do júri, em verdade, é uma reconstrução a partir dos dados disponíveis, de acordo com a subjetividade daquele que os apresenta, impassível de fidedignidade à realidade dos fatos.

¹⁵ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. *A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro*. 2009, 562 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2009. P.82/83. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8828/1/Hamilton%20da%20Cunha%20Iribure%20Junior.pdf>>. Acesso dia 20 mai. 2020.

Na Inglaterra, onde se remonta o surgimento e a ideia do júri, com doze jurados¹⁶, a instituição é figura central, religiosa e mística, muito embora seu uso não ultrapasse os 5% nos julgamentos criminais¹⁷. Relatando a origem mística do júri, afirma Magalhães Noronha:

Entre essas crenças generalizadas, ou superstições populares, havia a seguinte convicção: em lembrança dos doze apóstolos que haviam recebido a visita do Espírito Santo, quando doze homens de consciências pura se reuniam sob a invocação divina, a verdade infalivelmente se encontrava entre eles. Desta crença teria nascido o Júri. A origem mística e o caráter religiosos se observam ainda na fórmula do juramento do Júri Inglês. Há a invocação expressa de Deus. Para esta constatação, não é preciso ir além da origem da palavra júri: vem de juramento, que é a invocação de Deus por testemunha. Era, portanto, o antigo julgamento de Deus que se restabelecia, ou que se mantinha transformado¹⁸.

O modelo inglês criado depois que o Concílio de Latrão aboliu as Ordálias e os Juízos de Deus, é o relato mais fidedigno da origem do atual formato do júri no Brasil. A ideia central é a participação popular nos julgamentos criminais como forma de estruturação da justiça penal, sendo o cidadão julgado pelos seus próprios pares¹⁹. O júri era destacado como uma instituição democrática, substituindo os magistrados por serem diretamente ligados e subordinados aos dinastas, por juízes togados. Entretanto, devido a fragilidade em democracias, bem como a existência de regimes autoritários, os juízes togados também se curvavam aos “senhores do dia”, enfraquecendo a instituição²⁰. Desta forma, no contexto em que o júri foi difundido, inicialmente a partir do modelo adotado pela Inglaterra, quando era dividida em classes de estamentos (clero, nobreza e o povo), significando o julgamento pelos iguais, da mesma classe, não demonstrava nenhuma relação com a ideia de democracia e de ampla participação popular.

O júri rapidamente se espalhou para os demais países, tomando formato de acordo com a legislação de cada país. Na França, o instituto foi implementado com a Revolução Francesa, em 1789, repassando-se aos demais países europeus, excluídos Holanda e Dinamarca²¹. A intenção era retirar da magistratura o poder de julgar, em razão da sua atuação em favor do monarca

¹⁶ Conotação religiosa e mística, tanto que o *Jury* era organizado com doze jurados, número correspondente ao de apóstolos de Cristo sobre os quais recaiu o Espírito Santo no dia de Pentecostes. In: MARQUES, José Frederico. *A Instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 20.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 76.

¹⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. p. 229.

¹⁹ MARQUES, José Frederico. *A Instituição do júri*, 1997, p. 19/20.

²⁰ Id., 1977, p. 209.

²¹ Ibid, p.210.

absoluto e repassá-lo aos detentores da soberania e da legitimidade, o povo.²² Com essa finalidade de combater os métodos empossados pelos magistrados, justamente por não ser o poder judiciário francês independente, o júri restou estabelecido como ideia de liberdade e democracia para os demais países da Europa, impondo-se como justo e imparcial, porque era produzido pelo povo, sem os corruptos²³.

Percebe-se que desde a criação do júri na Inglaterra até a sua expansão pela França e aos demais países europeus, o instituto visava a participação popular como forma de garantir e prestigiar a democracia, pois os detentores legitimados do poder é quem julgava seus próprios pares, evitando uma influência, seja ela política ou até mesmo autoritária dos governos, no resultado. Decorridos os anos, com o fortalecimento das democracias e a extinção dos governos totalitários, depois que o judiciário havia adquirido independência do executivo, o júri foi perdendo sua força. Além disso, ele não se adaptou aos costumes dos povos do continente, não tendo o prestígio da Inglaterra, alterando-se as linhas de características até os tribunais escabinados²⁴.

No Brasil, diferentemente da Inglaterra, adotou-se uma postura mais democrática do júri passando a integrar o ordenamento jurídico pela primeira vez no ano de 1822, por força da lei de 18 de junho daquele ano, a qual coube ao príncipe regente D. Pedro de Alcântara a sua implementação, instituindo juízes de fato para julgamento de abuso de liberdade de imprensa²⁵. Ressalta que haviam relatos de que o Brasil estando prestes a se tornar independente de Portugal, passou a editar várias leis contrárias aos interesses da Coroa Portuguesa, destoando do seu ordenamento jurídico, instalando-se o júri antes mesmo da independência²⁶.

Com a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, no dia 25 de março de 1824 o júri foi elevado à categoria de ramo do poder judiciário²⁷. A Constituição Imperial o elevou a um dos órgãos do Judiciário, dando-lhe competência para decidir questões criminais e civis²⁸, sendo

²² STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 79.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 844.

²⁴ “No escabinado, há como no Júri, o recrutamento popular, o sorteio e até a divisão do julgamento. Mas, enquanto naquele a responsabilidade do réu é examinada e decidida, em conjunto, pelos juízes leigos e juízes profissionais, no último só o elemento popular decide sobre a existência e autoria do crime” In: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 215.

²⁵ CAMPOS, Walfredo Cunha. *O novo júri brasileiro*. São Paulo: Primeira Impressão, 2008. p. 561.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 43.

²⁷ MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 213.

²⁸ BITTENCOURT, Fabiana Silva. *Tribunal do júri e teoria dos jogos*. Florianópolis: EMais, 2018, p. 20.

composto por 24 cidadãos “bons, honrados, inteligentes e patriotas, com a finalidade de julgar crimes contra abusos da liberdade de imprensa, sendo que as decisões eram passíveis de revisão somente pelo Príncipe Regente”²⁹. Porém, nunca houve julgamentos civis por jurados, pois a maioria não detinha o conhecimento específico das leis e do direito³⁰. O Código de Processo Criminal de 1832 trouxe para o Brasil a roupagem das leis inglesas, norte-americanas e francesas, dando ao júri elevadas atribuições, as quais eram superiores ao conhecimento da população³¹.

A Constituição Federal promulgada em 1891 manteve o júri, porém, sua supressão do ordenamento chegou a ser debatida³² devido ao desgaste político, pois demonstrava o quanto estava ascendente a decadência do instituto na república. Explica José Frederico:

Mantida a instituição, pelo artigo 72, parágrafo 31 da Constituição de 1891, visível tornou-se a decadência crescente do júri, durante o primeiro período republicano, decadência que mais se acentuou após a revolução de 1930 e que culminou com o decreto-lei nº 167, que lhe tirou a prerrogativa de sua decantada soberania³³.

Na Constituição de 1934 alterou-se em parte o texto relativo ao júri, retirando-o dos direitos e garantias individuais. De acordo com Pontes de Miranda, citado por Frederico Marques: “Outrora, considerava-se direito, e foi o direito ao Júri que se manteve. Hoje, só a instituição como tal, já suscetível de alterações tais que a deformem, que a reduzam ao mínimo (...).”³⁴. Já em 1937, a Constituição não mencionou o júri. Porém, em 1938, o Decreto-lei nº 167 confirmou a existência do júri, embora tenha lhe alterado profundamente, subtraindo a soberania dos veredictos, com a instituição da apelação sobre o mérito³⁵.

A Constituição dos Estado Unidos do Brasil de 1946 incluiu o tribunal do júri no artigo 141, do capítulo II, “Dos Direitos e Das Garantias Individuais”, estabelecendo que o instituto teria número ímpar de membros, garantindo o sigilo das votações, plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos, com competência para julgar crimes dolosos contra a vida. A Carta Política de 1967, a qual foi elaborada e instituída no regime militar, manteve o júri no mesmo

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 20152015., p. 43.

³⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 232.

³¹ MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. 1997., p. 39.

³² *Ibid*, p. 47.

³³ MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 214.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *apud* MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. op. cit., p. 50.

³⁵ MARQUES, José Frederico. op.cit., p. 51.

capítulo anteriormente anotado. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, também manteve o instituto, suprimindo a soberania, a qual ficou a cargo da lei ordinária ³⁶.

Percebe-se que, com diversos períodos vividos no Brasil, entre idas e vindas de regimes de governos e Constituições, o tribunal do júri foi mantido, excluído, e posteriormente inserido na Constituição, inclusive como direitos e garantias fundamentais. Assim resume Guilherme Nucci:

Com a proclamação da República, manteve-se o júri no Brasil, sendo criado, ainda, o Júri federal. (...). Sob a influência da Constituição americana, por ocasião da inclusão do júri na Constituição Republicana, transferiu-se a instituição para o contexto dos direitos e garantias individuais. (...). A Constituição de 1934 voltou a inserir o júri no capítulo referente ao Poder Judiciário, para, depois, ser totalmente retirado do teto constitucional em 1937. Por conta disso, iniciaram os debates acerca da manutenção ou não da instituição no Brasil, até que o Decreto-lei 167, de 1938, confirmou a existência do Júri, embora sem soberania. A Constituição de 1946 ressuscitou o Tribunal Popular no seu texto, reinserindo-o no capítulo dos direitos e garantias individuais. (...). A Constituição de 1967 manteve a instituição no capítulo dos direitos e garantias individuais, fazendo o mesmo a Emenda Constitucional de 1969, porém, sem as suas garantias. Em 1988, visualizando-se o retorno da democracia no cenário brasileiro, novamente previu-se o júri no capítulo dos direitos e garantias individuais, trazendo de volta os princípios da Carta de 1946³⁷.

Exceto a Constituição de 1937, a qual não se manifestou sobre o júri, todas as demais referenciaram à instituição, colocando-a como órgão do poder judiciário (1824 e 1934) como Direitos e Garantias Constitucionais, como as de 1891, 1946, 1967, Emenda de 1969 e, finalmente, depois de muitas modificações, a Constituição Cidadã, de 5 de outubro de 1988, seguiu a tradição histórica e manteve o tribunal do júri, consagrando-o como direito e garantia fundamental, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, assegurando a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, todos como princípios norteadores do instituto. Por estar inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, trata-se de uma cláusula inamovível, uma cláusula pétrea³⁸ da nossa Constituição.

O reconhecimento do tribunal do júri, com todas as suas garantias inerentes, como direito e garantia fundamental é um importante avanço para o Estado Democrático de Direito brasileiro,

³⁶ARAÚJO, Flavia Simões de. *Júri Clássico e Escabinado: Estatística da adoção de ambos os sistemas de julgamento na atualidade*. 2008, p. 26/27.

³⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015., p. 43/44.

³⁸As normas que definem direitos e garantias individuais têm aplicação imediata, com previsão expressa no art. 5º, § 1º, da CF/88, vinculando de forma positiva o Estado às normas. As instituições fundamentais da democracia constituem núcleo imodificável por via de emenda constitucional, não podendo ser objeto de deliberação por emenda constitucional, expressamente previsto no artigo 60, § 4º, inciso IV, chamadas de cláusulas pétreas. In: SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 288/289.

pois expressam a técnica adotada pelo Estado com o objetivo de minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir ao máximo os abusos desse Estado³⁹.

A instituição do Júri como direito e garantia fundamental ressalta a sua razão inicial e histórica de ser uma defesa do cidadão contra as arbitrariedades dos representantes do poder, ao permitir a ele ser julgado por seus pares. Porém, não podemos nos afastar da sua verdadeira natureza jurídica de ser um órgão especial da justiça comum, encarregado de julgar determinados crimes. Deve-se entender que o tribunal do Júri traduz, na expressão do professor José Afonso da Silva⁴⁰ “a garantia, ou direito-instrumental, destinada a tutelar um direito principal, que é o da liberdade, e também o direito coletivo, social, da própria comunidade, de julgar seus infratores”.

Sobre sua natureza jurídica, ensina Guilherme Nucci:

Se é uma garantia, há um direito que tem por fim assegurar. Esse direito é, indiretamente, o da liberdade. Da mesma forma que somente se pode prender alguém em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária e que somente se pode impor uma pena privativa de liberdade respeitando-se o devido processo legal, o Estado só pode restringir a liberdade do indivíduo que cometa um crime doloso contra a vida, aplicando-lhe uma sanção restritiva de liberdade se houver um julgamento pelo Tribunal do Júri. O Júri é o devido processo legal do agente de delito doloso contra a vida, não havendo outro modo de formar culpa. E sem formação de culpa, ninguém será privado de liberdade (art. 5º, LIV). Logicamente, é também um direito. Em segundo plano, mas não menos importante, o Júri pode ser visto como um direito do cidadão de participação na administração de justiça do país⁴¹.

O cidadão tem a garantia de que todos os seus direitos e deveres estão prescritos no texto constitucional, podendo, para tanto, usar dos remédios jurídicos constitucionais que estão à sua disposição para fazer valê-los. Os direitos e garantias fundamentais ganham uma dimensão diferente no Estado Democrático de Direito, com a finalidade de extirpar qualquer desigualdade ou ofensa aos seus direitos. Dessa forma, o júri trata de direitos fundamentais do homem, merecendo a proteção constitucional devida. Esclarece Paulo Rangel:

Nesse sentido, o tribunal do júri, como espaço dentro do qual são tratados direitos fundamentais do homem, tais como a vida e a liberdade, para não dizer da dignidade da pessoa humana e do poder que o povo exerce ao julgar, deve merecer uma releitura à luz dos direitos e garantias fundamentais que não pode ser despido de tais direitos e, conseqüentemente, das garantias necessárias à efetivação dos mesmos. [...] Para tanto, a Constituição estabelece um sistema de garantias constitucionais significando o conjunto instrumentalizado e organizado de institutos jurídicos que prevê, para assegurar a

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 794/795. Id. 2002, p. 32.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.365.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p.55.

conservação e renovação das suas normas, uma permanente observação, fazendo valer seu cumprimento efetivo e a defendendo contra toda e qualquer agressão aos seus postulados; e o júri, garantia fundamental (art. 5º, XXXVIII) que é, não poderia ficar fora dessa proteção⁴².

Guilherme Nucci ao tratar do júri traz distinções entre direitos humanos fundamentais e garantias humanas fundamentais, subdividindo ambos em materiais e formais. Os direitos humanos materiais são os essenciais à existência humana, v.g. o direito à vida. Formais seriam as posições subjetivas dos indivíduos, as quais estão na Constituição, mesmo que não seja essencial a existência humana. As garantias humanas fundamentais materiais são as instituídas para que um direito humano fundamental possa ser reconhecido ou exercido, assegurando a ampla defesa em um processo crime para respeitar e garantir o direito à liberdade, portanto, somente restringirá a liberdade, aplicando-se uma pena, com o devido processo e a ampla defesa garantidos. Já as formais são previstas no texto constitucional, entretanto a sua exclusão não perderia o direito humano fundamental material. A exemplo, a forma de prisão (CF. Art. 5º, LXI)⁴³.

Desta forma, Nucci afirma que o júri é uma garantia humana fundamental formal⁴⁴, que consiste na participação popular nos julgamentos proferidos pelo poder Judiciário, sendo que sua extinção não acarretaria na perda de um direito humano fundamental. Ocorre que, na atual Constituição, optou-se por manter o júri, tornando uma garantia do indivíduo, sendo cláusula pétrea. Assim, o autor do delito doloso contra a vida tem a garantia de ser julgado pelo júri.

Concluindo o raciocínio da natureza jurídica do júri, ressalta Adel El Tasse:

[...] inafastável (...) não podendo o Estado deixar de submeter o indivíduo acusado ao julgamento por tal órgão (direito), igualmente não podendo esse renunciar à garantia do julgamento pelo Júri (dever)⁴⁵.

O cidadão é chamado a tomar parte nos assuntos de um dos poderes da República quando exerce a função de jurado. No entanto, para poder exercer essa função, o cidadão necessita de alguma garantia, assim como os juízes possuem garantias contra interferências do Estado e terceiros para que possa decidir com imparcialidade. Desse modo, a Constituição prevê no artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a”, “b” e “c”, mecanismos de proteção para que este possa decidir

⁴² RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 269.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 39/40.

⁴⁴ *Ibid.* p. 41.

⁴⁵ TASSE, Adel El. *Tribunal do Júri: Fundamentos, procedimento, interpretação em acordo aos princípios constitucionais, propostas para sua modernização*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 30.

sem qualquer interferência, receio ou mesmo medo, bem como resguarda garantias àquele a ser julgado.

A plenitude de defesa é uma garantia fundamental do cidadão, qual seja o direito a defesa plena no instituto, sendo garantido de ser julgado quando comete crimes dolosos contra a vida. Já o sigilo das votações e a soberania dos veredictos são princípios constitucionais, mecanismos protetores, que asseguram aos jurados a tranquilidade para decidir.

Conclui-se que o tribunal do júri, órgão especial do poder judiciário com previsão constitucional, possui competência privativa mínima para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, na forma tentada ou consumada, bem como seus crimes conexos, não podendo ser suprimida sua competência, por se tratar de uma garantia Constitucional fundamental, sendo uma forma democrática de julgamento pelo cidadão por seus próprios pares. A importância histórica do Júri é fundamental para compreensão das razões que levaram ao atual formato do instituto.

Realizado um estudo prévio sobre a origem histórica do júri, com sua expansão para outros países e analisado seu contexto histórico no Brasil até o seu modelo atual, inclusive, como e com garantias constitucionais, no próximo tópico passaremos a analisar a decisão proferida pelo conselho de sentença, explorando seu formato, especificidades e garantias a ela inerentes, para no terceiro tópico deste capítulo, possamos estudar o recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo tribunal do júri.

1.2 Da decisão do conselho de sentença

Feita a devida análise histórica do júri, ressaltando a sua previsão constitucional e discorrendo sobre a sua competência material para julgamento, observando as garantias constitucionais, necessário se faz agora uma análise sobre o aspecto processual do tribunal do júri – a decisão por ele proferida -, passando pela forma de julgamento dos jurados para que então se compreenda o tipo de decisão que é tomada pelo corpo de jurados, analisando a decisão do conselho de sentença.

Retomando o conceito de júri, para Walfredo Cunha Campos:

O Júri é um órgão especial do Poder Judiciário de 1ª instância, pertencente à Justiça comum, colegiado e heterogêneo – formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por vinte e cinco cidadãos – que tem competência mínima para julgar os crimes dolosos praticados contra a vida, temporário (porque constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido), dotado de soberania quanto às suas decisões, tomadas de maneira

sigilosa e inspiradas pela íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos⁴⁶.

Não há divergência doutrinária da passividade do júri ser um órgão do poder judiciário. Embora não conste no rol do artigo 92 da Constituição Federal, é reconhecido no artigo 5º, tornando parte do poder da República. Verifica-se isso pelos seus fundamentos, mormente: a) sua composição por juiz e jurados leigos; b) a prevalência de sua competência, conforme artigo 78, I, do Código de Processo Penal; c) a possibilidade de se recorrer das suas decisões, conforme artigo 593, inciso III, do mesmo Diploma legal; d) previsão constitucional como direito e garantia individual. Trata-se de um órgão especial do Judiciário que assegura a participação popular de forma direta nas suas decisões, sendo que a instituição demonstra a importância da cidadania e da democracia na vida em sociedade⁴⁷.

Feita a análise da definição jurídica do júri, toda a disciplina legal do procedimento encontra-se nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal, destacando que sua competência é definida no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Federal, bem como no artigo 74, § 1º, do mesmo Diploma legal, de forma taxativa e sem admitir analogias ou interpretações extensivas⁴⁸.

Para julgamento dos processos de competência do júri forma-se o conselho de sentença, consistindo em um colegiado que é composto por sete jurados, os quais são detentores do poder de decisão, além do juiz presidente, sendo caracterizados como os sujeitos processuais da relação jurídico-processual que em plenário é desenvolvida⁴⁹.

A forma de decidir do conselho de sentença é respondendo os quesitos elaborados pelo juiz presidente do júri. Tal conjunto é denominado de questionário, com a finalidade de extrair o veredicto final do processo julgado.⁵⁰ Assim define Hermínio Porto:

Questionário é o conjunto de perguntas (quesitos) dirigidas aos jurados que integram o Conselho de Sentença, destinados à coleta da decisão sobre os fatos classificados pela decisão de pronúncia e articulados pelo libelo (extinto), e sobre teses postuladas pela defesa técnica⁵¹.

⁴⁶ CAMPOS, Walfredo Cunha. *O novo júri brasileiro*. São Paulo: Primeira Impressão, 2008, p. 29.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 2015, p. 45.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 858/859.

⁴⁹ PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri Procedimento e Aspectos do julgamento*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2020.,p. 967.

⁵¹ PORTO. Hermínio Alberto Marques. *Op.cit*, p. 151.

Antes da reforma processual de 2008 os jurados não eram vinculados diretamente a decisão de pronúncia como ocorre hoje, pois existia a figura posterior a pronúncia, designada de libelo. Sua previsão era nos extintos artigos 416 a 422 do Código de Processo Penal e fora abolido diante da necessidade de se ter a efetividade da tão almejada celeridade processual.

Explica Mirabete:

Pode-se conceituar o libelo como a exposição escrita e articulada do fato criminoso reconhecido na pronúncia, com a indicação do nome do réu, das circunstâncias agravantes previstas na lei penal e dos fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da sanção penal, bem como do pedido de procedência da pretensão penal. A sentença de pronúncia fixa os limites da acusação, quanto ao fato criminoso e às qualificadoras, e o libelo não pode desatendê-la⁵².

É de se registrar que o libelo não poderia contrariar a pronúncia sob pena de nulidade⁵³, atualmente se verifica que a peça corresponderia à pronúncia. Após o libelo, a defesa era igualmente intimada para o contrário, podendo se defender do mérito e processualmente, arrolar testemunhas para o plenário, com posterior decisão final do juiz remetendo para julgamento pelo júri de acordo com o que restou decidido.

Quando da votação, o antigo formato de quesitação prolongava demasiadamente o julgamento pelo tribunal do júri, ante os inúmeros quesitos que eram obrigatoriamente formulados aos jurados. Justificava-se porque os quesitos tinham como fonte o libelo, os quais foram decorrentes da classificação penal da pronúncia em cumulação com atenuantes, os debates em plenário e podiam surgir, excepcionalmente, outros devido ao entendimento do juiz presidente, conforme previa o extinto artigo 484, parágrafo único do Código de Processo Penal⁵⁴.

Segundo a redação original, vigente antes da reforma, a ordem de quesitação era: a) materialidade e autoria; b.1) letalidade ou b.2) desclassificação; c) teses absolutórias; d) causas de diminuição de pena; e) qualificadoras; f) atenuantes; e, g) agravantes. Como exemplo dos questionamentos que o inciso II, do antigo artigo 484, têm-se que caso o juiz entendesse que alguma circunstância exposta no libelo não tivesse conexão essencial com o fato ou dele era separável, de maneira que pudesse existir ou subsistir sem ela, deveria desdobrar em quantos quesitos fossem necessários.

⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 15 ed. rev., e atual. até julho de 2003. São Paulo: Atlas, 2003. p. 530.

⁵³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997., vol. 3. p. 193.

⁵⁴ PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri Procedimento e aspectos do julgamento. Questionários*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 152.

Com a edição da lei nº 11689/08, extinguiu-se o libelo acusatório e conforme redação do artigo 413 e seus parágrafos do Código de Processo Penal, o juiz continua proibido de se manifestar a respeito do mérito, ou seja, o juiz não pode julgar, visto que essa competência é do tribunal do júri. O Magistrado deve fundamentar a sua decisão de pronúncia usando de uma linguagem moderada, em termos sóbrios e comedidos, busca não influenciar os ânimos dos jurados,⁵⁵ sob pena de nulidade, por prejulgamento, devendo, porém, incutir na pronúncia as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena suprindo a extinção do libelo.

Não mais existindo o libelo, passou a decisão de pronúncia ser o parâmetro, delimitando o julgamento. Sobre a decisão de pronúncia ensina Andrey Borges:

[...] a pronúncia é uma decisão interlocutória (que não julga o mérito) mista (que põe fim a uma fase procedimental) não terminativa (que não encerra o processo). (...) Em verdade, a pronúncia é um juízo de viabilidade da acusação feita pelo magistrado. (...) Para proferir a decisão de pronúncia, o magistrado deve constatar a existência de prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria ou de participação. Não há necessidade de prova plena. (...) Importante destacar que o legislador se preocupou com a linguagem utilizada pelo magistrado ao pronunciar o réu. Realmente, neste momento procedimental, especialmente para se evitar influências sobre o ânimo dos jurados, a linguagem deve ser comedida⁵⁶.

Após a importante reforma processual o rito do júri também foi alterado, principalmente no que se refere no sistema de votação dos jurados, onde é o momento da decisão do conselho de sentença, simplificando a forma de quesitação. A proposta legislativa de simplificar o questionário, extinguindo a antiga forma exaustiva de se quesitar todas as teses defensivas apresentadas foram muito bem-vindas. Mas continua a defesa podendo levantar aos jurados diversas teses alternativas com o intuito de buscar a absolvição do acusado, no entanto, ficam concentradas em uma única pergunta⁵⁷.

Explica Aury Lopes Jr:

Com o advento da Lei n.º 11.689/2008, a pronúncia (e decisões confirmatórias posteriores) passa a ser principal fonte dos quesitos, agora substancialmente simplificados.

(...) Como determina o art. 482 do CPP, somente podem ser quesitadas as matérias de fato, jamais conceitos jurídicos, e as perguntas devem ser redigidas em proposições afirmativas, simples e distintas. A clareza e precisão das perguntas são fundamentais para a compreensão dos jurados, devendo ser anulado o julgamento cuja quesitação não siga essa regra.

Quanto a ordem dos quesitos, deve seguir o disposto no art. 483:

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2020. p. 778.

⁵⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 14/15.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 2020, p. 968.

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:
 I – a materialidade do fato;
 II – a autoria ou participação;
 III – se o acusado deve ser absolvido; (...) ⁵⁸.

Pela redação do artigo 483 do Código de Processo Penal, verifica-se que os três primeiros quesitos (incisos I, II e III) são obrigatórios. Os quesitos I e II, respectivamente, tratam da materialidade do fato ⁵⁹ e da autoria ou participação no crime ⁶⁰. O terceiro quesito obrigatório e genérico, refere-se a grande inovação processual trazida pela reforma de 2008, inserindo nele o princípio da íntima ou livre convicção. Ele engloba todas as teses defensivas (à exceção da desclassificação), não mais existindo vários desdobramentos em quantas teses forem alegadas pela defesa devido ao seu caráter obrigatório, ou seja, qualquer tese defendida pela defesa, até mesma a confissão com reconhecimento da autoria, sempre será formulado pelo juiz aos jurados ⁶¹.

Guilherme Nucci afirma ser o quesito único, genérico e obrigatório, a principal inovação da reforma processual de 2008, explicando:

Não é mais necessário que o juiz presidente colha das alegações expostas em plenário pelo defensor as várias teses levantadas, transformando-as em quesitos a serem submetidos aos jurados. O defensor continuará a expor suas variadas teses, muitas delas alternativas, outras subsidiárias, mas todas voltadas à absolvição do réu. Porém, essa exposição destina-se ao Conselho de Sentença, unicamente. O juiz presidente cuidará de indagar dos jurados apenas o seguinte: “o jurado absolve o acusado?” A resposta afirmativa leva à absolvição; a negativa, por óbvio, conduz à condenação (...) ⁶².

A obrigatoriedade do terceiro quesito, mesmo com a anuência da defesa a tese acusatória, é pacífica tanto na jurisprudência quanto na doutrina, sendo reconhecida por meio de súmula pelo Supremo Tribunal Federal, o qual firmou entendimento no sentido de que a sua ausência é causa

⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 906.

⁵⁹ O primeiro quesito a ser elaborado e dirigido ao Conselho de Sentença deve relacionar-se ao fato principal. É a tipicidade correspondente ao delito doloso contra a vida, justamente a infração penal que atrai a competência do Tribunal do Júri. Por materialidade deve-se compreender a prova da existência de algo, no caso, do fato ofensivo. In: NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 2015, p. 289.

⁶⁰ No segundo quesito, relaciona-se com o nexo causal entre a materialidade delitiva e o resultado. Exemplo: Reconhecido no quesito anterior que fulano foi vítima de disparos de arma de fogo, causando lesões, será neste quesito indagado aos jurados se foi o acusado quem efetuou os disparos.

⁶¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 908. – Vide HC STJ nº 350.895/RJ.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p. 972.

de nulidade do julgamento, pelo júri, disposição essa literal da súmula 156: “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”⁶³.

Para Guilherme Nucci:

Outra não foi a meta do legislador, ao fixar, como obrigatório, o quesito abrangente da defesa. Os Jurados devem ter, sempre, a oportunidade de apreciar livremente a materialidade e a autoria do fato. Após, com base em inúmeras teses defensivas viáveis, mas também a existência da mera clemência, o Tribunal do Júri tem o direito Constitucional impostergável de absolver o acusado, se assim desejar⁶⁴.

No mesmo sentido é o entendimento do Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, exarado no julgamento do RHC n.º 117.076 (PR):

(...) Vê-se, portanto, que, em razão da superveniência da Lei nº 11.689/2008 – que, ao alterar o Código de Processo Penal no ponto concernente à elaboração do questionário, neste introduziu o quesito genérico da absolvição (art. 483, III) –, os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica. Disso resulta que a decisão dos jurados, quando indagados, de modo genérico, sobre a inocência do réu, tem por fundamento a sua íntima convicção, o que valoriza, nesse tema específico, o princípio do livre convencimento, em que o membro do Conselho de Sentença possui inteira discricção, protegido, constitucionalmente, pelo sigilo da votação (grifos nossos)⁶⁵.

O quesito genérico, inovador no rito do júri é singelo, sendo a lição do professor Marcão: “Simples assim: sem qualquer fundamentação, guiados apenas pela própria convicção, poderão os jurados absolver de pronto o acusado, quando então a votação será encerrada”⁶⁶.

O princípio da livre ou íntima convicção dos jurados, exceção à regra constitucional das fundamentações das decisões judiciais, está justamente insculpido no quesito genérico e obrigatório do inciso III, do artigo 483, do Código de Processo Penal. Referido princípio pode ser conceituado como a oportunidade do jurado decidir segundo suas próprias convicções, decisão esta que não necessita de fundamentação ou até mesmo amparo legal. O tribunal do júri é composto por jurados, pessoas leigas, das mais diversas classes da sociedade. Logo, é assegurado

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 156*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2745>>. Acesso em 10 jan.2021

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 2015., p. 300.

⁶⁵ STF. *HC nº 117. 016 PR* – Min. Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 01/08/2019 – Publicação: Dje. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RHC117076decisao.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

⁶⁶ MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1118.

o poder de decidir como bem queiram, de acordo com a convicção individual do jurado, sem qualquer fundamentação, além de assegurar o sigilo (princípio do sigilo das votações).

Vigora no sistema processual penal brasileiro, tendo interpretação harmônica com o texto constitucional, o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado, no que tange à apreciação das causas penais pelo juiz togado. É o que se extrai da leitura do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do *caput* do artigo 155⁶⁷ do Código de Processo Penal. Tal sistemática restringe o julgador às provas encartadas nos autos, sendo livre para valorá-las, mas não sem fundamentar o porquê de apreciar cada prova da maneira que o fizer. É garantia processual do acusado, no sentido de que a prova por ele produzida será apreciada pelo magistrado, e caso a decisão o condene, esta deverá se basear na valoração motivada da prova dos autos, jamais em elementos externos, estranhos ao processo e inalcançáveis pelo imputado.

Entretanto, no júri, por meio do princípio da íntima convicção, possibilita-se a ampla margem de discricionariedade no julgamento da causa pelos juízes leigos, pares do imputado. A sistemática concede aos jurados decidirem conforme suas consciências, atrelando ou não sua decisão a elementos dos autos ou a elementos externos, sem necessidade de explicitar qualquer fundamentação acerca da escolha realizada.

É, portanto, à exceção constitucional ao sistema da persuasão racional, decorrente dos princípios da íntima convicção, do sigilo das votações e da soberania dos veredictos. Por ser obrigatório, Gustavo Badaró enfatiza a sua relevância:

O quesito sobre a absolvição é obrigatório, que deverá ser formulado, mesmo que as teses defensivas em plenário envolvam apenas a materialidade e a autoria, e já tenham sido refutadas pelos jurados, nas respostas positivas aos quesitos anteriores. Por exemplo, a defesa pode ter negado a autoria delitiva, o que não foi aceito pelos jurados, que responderam positivamente ao segundo quesito, mas também decidiram que o acusado deveria ser absolvido por outro fundamento, ainda que não alegado em plenário, como por exemplo, a legítima defesa ou outra causa diversa da autoria⁶⁸.

Estes, aliás, são os parâmetros volitivos adotados no artigo 472 do Código de Processo Penal, em que consta a exortação que será feita aos jurados, também retratando a íntima convicção: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a

⁶⁷ O Juiz é livre na apreciação das provas, mas não independente delas. Assim, não pode o Juiz decidir segundo sua ciência particular, nem abster-se de motivar sua sentença, de dar as razões de sua íntima convicção, que deve assentar no exame imparcial dos elementos probatórios, embora sem vinculação a quaisquer preceitos. In: ROSA, Borges da. *Comentários ao código de processo penal*. 3 ed. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 271.).

⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020, p. 827.

vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça”, tendo que logo em seguida responderem: “Assim o prometo”⁶⁹.

Os antecedentes históricos do júri popular já demonstram o privilégio que se deu à íntima convicção dos julgadores. Dois anos após a Assembleia Constituinte francesa de 1789, o Decreto nº16 de 19 de setembro de 1791 instituiu o jurado popular, no qual foi conferida a prerrogativa (princípio) da íntima convicção.

Percebe-se que, mesmo que reconhecidas a materialidade e autoria, pode o jurado, diante do terceiro quesito, com sua íntima convicção absolver o acusado sem qualquer esclarecimento. É consequência do princípio da livre convicção imotivada que o réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico, como é a ‘clemência’ e aqueles de caráter humanitário.

A decisão do conselho de sentença, com base no princípio constitucional da soberania dos veredictos, que será abordado no próximo capítulo, é uma decisão como qualquer outra proferida por um juiz togado, porém, sem a necessidade de ser motivada e fundamentada, ante os princípios constitucionais que a ampara e autoriza.

Compete aos jurados tão somente fazerem um juízo de valor acerca das provas apresentadas nos autos e em plenário, tomando sua decisão, de forma livre, imotivada e secreta, sendo que a decisão do conselho de sentença será soberana a de qualquer juízo, competindo ao juiz presidente apenas proferir a sentença, vinculada à decisão, sob pena de violar a soberania do júri.

Conclui-se que, a reforma processual que inseriu o terceiro quesito obrigatório a ser submetido à deliberação dos membros do conselho de sentença, introduziu quesito inovador contendo indagação sobre “se o acusado deve ser absolvido”, confirmando que o júri possui livre convicção imotivada para decidir legitimamente se absolve ou não o acusado, mesmo que anteriormente tenha reconhecido a materialidade e autoria delitiva, sem que isso acarrete em qualquer nulidade.

Após a votação dos quesitos, com a decisão do conselho de sentença, em conformidade com o artigo 492 do Código de Processo Penal, o juiz presidente do tribunal do júri proferirá a

⁶⁹ “Na verdade, o objetivo do compromisso é de estabelecer uma forma solene, que confira maior credibilidade ao Júri e advirta o jurado da responsabilidade e relevância da missão que terá pela frente” In: CUNHA, Rogério Sanches. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.1220).

sentença⁷⁰, de acordo com o que restou decidido pelos jurados. Antes do encerramento da sessão, segundo a liturgia solene e a disposição do artigo 493 do referido Diploma, com todos de pé, o juiz presidente procede à leitura da sentença em plenário, sendo acompanhado o ato por todos os presentes, dando por publicada em sessão.⁷¹

Definindo sentença, discorre o processualista Aury Lopes Jr.:

A sentença pode ser definida, ainda, como aquele ato jurisdicional que põe fim ao processo, pronunciando-se sobre os fatos que integram seu objeto e sobre a participação do imputado neles, impondo-se uma pena ou absolvendo-o, como manifestação do poder jurisdicional atribuída ao Estado⁷².

Entretanto, a teoria da decisão judicial traz a regra das decisões no ordenamento pátrio, ou seja, as decisões devem ser motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade. É exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa⁷³. Entende-se que esta não é um ato autoritário, em que nasce do arbítrio do julgador, por isso a necessidade de ter adequada fundamentação e motivação⁷⁴.

Sobre a motivação, afirma Renato Brasileiro:

Funciona, assim, a motivação dos atos jurisdicionais, verdadeira garantia processual de segundo grau, como importante forma de controle das partes sobre a atividade intelectual do juiz. A fim de que verifiquem se este levou em consideração todos os argumentos e provas produzidas pelas partes, e se teria aplicado de maneira correta o direito objetivo ao caso concreto⁷⁵.

Embora a teoria da decisão judicial aparentemente se guie pela aplicação da razão e da lógica⁷⁶, sabemos, pelo que já foi estudado, que a decisão do conselho de sentença traz a exceção à regra da motivação e fundamentação das decisões judiciais, não havendo avaliação da

⁷⁰ De acordo com o veredicto dos jurados, a decisão do juiz togado pode ser absolutória, condenatória ou desclassificatória. In: CAMPOS, Walfredo Cunha. São Paulo: Primeira Impressão, 2008., p. 242.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1000.

⁷² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*., 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 893.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 1430.

⁷⁴ Ferrajoli afirma que a motivação exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2014., p. 573.

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. 4ª ed. Salvador: Juspodivm., p. 1430.

⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5 ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2019. p. 770.

racionalidade das decisões⁷⁷ dos jurados, exceção decorrente do princípio da íntima ou livre convicção dos jurados.

Os jurados decidem sobre o crime, a respectiva autoria e se absolvem ou não o acusado, enquanto o juiz decidirá a pena a ser imposta e as demais sanções cabíveis, se os jurados optarem por condenar. A sentença do juiz é de formação complexa, pois concentram-se dois atos decisórios: o veredito dos jurados e o pronunciamento do juiz.

Explica Frederico Marques:

Aos jurados, por meio do veredito, cumpre dizer, pelas respostas a quesitos, se houve ato típico criminalmente ilícito e culpável, atribuível ao réu; quanto ao juiz, a tarefa consiste em, de acordo com o veredito, lavrar a sentença do júri, graduar a sanção penal e decidir sobre a aplicação de medidas de segurança e penas acessórias⁷⁸.

A sentença a ser proferida no julgamento pelo júri não pode se apartar do veredito do conselho de sentença, pois é ele quem julga o acusado, pronunciando acerca da existência do fato e da autoria. Cabe ao magistrado somente dosar a pena e decidir por questões acessórias ou secundárias a condenação penal⁷⁹.

Com o fim da votação, em sala secreta, ao juiz presidente caberá redigir a sentença, a qual poderá ser condenatória, absolutória ou desclassificatória. A principal regra a ser seguida pela sentença a ser lavrada pelo magistrado é não invadir a decisão do conselho de sentença, inteligência do artigo 492, inciso I e II do Código de Processo Penal. Não haverá relatório e nem fundamentação, dedicando-se somente, em caso de condenação, à fixação da pena, utilizando os critérios determinados pelo artigo 59 do Código Penal⁸⁰.

Descreve Nucci as formalidades e conteúdo da sentença:

Findo o julgamento na sala especial, pelo Conselho de Sentença, cabe ao juiz presidente lavrar a sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso. A principal regra a ser observada consiste em não invadir, sob qualquer prisma, o mérito da decisão. Portanto,

⁷⁷ Robert Alexy, para tanto, desenvolveu o que se denomina de constitucionalismo discursivo (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001). A observância do método gera racionalidade nas decisões judiciais. A obra homônima estriba-se, pois, na defesa da proporcionalidade como princípio e na metodologia da ponderação como o centro da dogmática como também da colisão entre os direitos fundamentais. In: SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. *Racionalidade da Decisão Judicial em Robert Alexy*. *Revista de Teorias de Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/715/pdf_1>. Acesso em 12 mai. 2020

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 3. p. 225.

⁷⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1971., p. 272.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Forense, 2020, p. 994.

não necessita o magistrado produzir o relatório, nem a fundamentação, bastando o dispositivo (art. 492, I e II, CPP). Quanto ao relatório, torna-se desnecessário na medida em que já foi feito por ocasião da decisão de pronúncia. Na sequência, houve somente o preparo da sessão plenária e tudo o que se passou nesta ocasião deve constar da ata de julgamento. Quanto à fundamentação, no mesmo prisma, a parte que cabia ao juiz togado, em ralação à apresentação de motivos, foi construída na pronúncia. No mais, o veredito proferido no Tribunal do Júri é, constitucional e legalmente imotivado, pois lastreado na convicção íntima dos jurados. Descabe, por conta disso, qualquer tipo de comentário do magistrado em relação ao mérito. Se o fizesse, estaria invadindo competência que não lhe diz respeito⁸¹.

Como vimos, no rito do júri, a sentença, orientada pela decisão dos jurados, poderá operar a condenação, absolvição, desclassificação própria ou imprópria. A decisão representa uma proposição judicativa que encontra verbalização, após consignada no termo de votação. Sendo condenatória em caso de desclassificatória própria (passando a competência ao magistrado), a fundamentação será sem liame direto com a pronúncia tendo o livre convencimento do juiz; se condenatória em casos de desclassificação imprópria, a fundamentação será sem liame direto com a pronúncia, sendo dos jurados.

De acordo com o artigo 492, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, será a decisão de desclassificação imprópria, quando os jurados reconhecem um tipo penal não constante na acusação fixada na pronúncia - por exemplo, quando ocorre a desclassificação de homicídio para lesão corporal seguida de morte -. A decisão de desclassificação própria ocorre quando os jurados afastam a competência do júri, sem reconhecerem outro tipo penal que não esteja previsto na pronúncia (desclassificação de homicídio doloso para culposo)⁸².

Importante ressaltar a importância da natureza da ata da sessão de julgamento lavrada ao final, como determina os artigos 494 e 495 do Código de Processo Penal. A ata do julgamento é o espelho fiel de tudo que ocorreu no julgamento em plenário, contendo todas as principais ocorrências e protestos feitos pelas partes⁸³.

A lavratura da ata como fiel espelho do que aconteceu durante o julgamento pelo tribunal do júri é retratado pela jurisprudência dos tribunais superiores. Caso alguma das partes deixe de consignar em ata algum protesto, incidente ou mesmo alguma de suas teses levantadas durante o julgamento, eventual recurso de apelação questionando o ocorrido não será conhecido por não estar expressamente na ata de julgamento.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 415/416.

⁸² PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri Procedimento e aspectos do julgamento*. Questionários. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1998., p. 37/38.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1001

Nesse sentido é o ensinamento de Guilherme Nucci:

Incidentes: são todas as ocorrências que interessam para o julgamento. Deve o juiz registrar os protestos feitos pelas partes, como também ocorrências anômalas, tais como a constatação de que um jurado dormiu durante os debates ou que atendeu a um telefone celular, entre outras. Conferir: STF: “Os protestos das partes, quaisquer que sejam, não se presumem. Hão de ser consignados na ata de julgamento (CPP, arts. 494 e 495), que traduz o registro fiel de todas as ocorrências havidas no curso do julgamento perante o plenário do Tribunal do Júri. A falta de protesto em tempo oportuno, resultante da inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, opera a preclusão de sua faculdade jurídica de reclamar contra eventuais erros ou defeitos ocorridos ao longo do julgamento. Precedentes” (HC 80.808 – RJ, 2.ª T., rel. Celso de Mello, DJ 03.12.2002)⁸⁴.

Podemos concluir que a decisão do conselho de sentença é livre, imotivada, não fundamentada, sigilosa e soberana no ordenamento jurídico, vinculando o juiz togado, presidente do tribunal do júri, a sua decisão, capaz de condenar ou absolver o réu, ou ainda, desclassificar sua conduta para outro crime, por livre convencimento, sendo a exceção à regra do nosso ordenamento jurídico.

Não houve aprofundamento sobre os demais princípios constitucionais do tribunal do júri, pois serão tratados nos próximos capítulos. Desta forma, realizado o estudo da decisão do conselho de sentença no tribunal do júri, entendendo sua natureza, seus aspectos jurídicos e especificidades, analisaremos neste último subcapítulo o recurso de apelação contra a sentença proferida pelo tribunal do júri.

1.3 Da apelação de sentença no tribunal do júri

Após realizarmos o estudo da parte histórica do júri, do seu sistema de votação e da decisão do conselho de sentença, faremos uma análise do recurso de apelação de sentença proferida pelo tribunal do júri. Partiremos de uma abordagem da teoria dos recursos para compreender a forma de impugnação da decisão do instituto, e assim analisar a apelação contra a sentença do júri, com previsão legal no artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal, em específico a alínea “d”, a qual trata da apelação contra decisão do júri manifestamente contrária a prova dos autos. Finalizaremos o primeiro capítulo compreendendo a origem do júri, desde o seu surgimento até seu atual modelo, sua forma de decidir, e o recurso contra suas decisões.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 1003.

Sobre a teoria dos recursos, do ponto de vista científico, há de ser geral, em relação ao seu objeto de pesquisa. O que é doutrinariamente chamado de teoria geral dos recursos é um estudo geral dos aspectos dos recursos⁸⁵.

Toda pessoa tem uma tendência normal de não concordar com nada que lhe seja desfavorável, tanto na vida cotidiana quanto em relação a uma decisão judicial⁸⁶. Além disso, justifica-se a existência do recurso por existir a possibilidade de erro de quem decidiu, por se tratar de um ser humano, em que está sujeito a erros. Por meio do recurso que se permite a reapreciação daquilo que já foi decidido, proferindo nova decisão ou mantendo a mesma contra a qual se resignou.

A possibilidade de revisão das decisões surge e explica Zanoide de Moraes⁸⁷, numa primeira aproximação, como forma de melhorarem os provimentos jurisdicionais através de nova apreciação do problema inicialmente discutido.

Os recursos podem ter extensão total ou parcial⁸⁸, sendo total quando há impugnação de todo o conteúdo recorrível da sentença, como, por exemplo, quando se recorre da condenação de uma sentença condenatória, e parcial, aquele recurso que recorre apenas de parte da decisão que é combatida, como por exemplo o recurso que apenas combate a quantidade da pena fixada em uma sentença condenatória ou seu regime inicial de cumprimento.

O fundamento jurídico do direito ao recurso é o princípio do duplo grau de jurisdição⁸⁹. Referido princípio não será abordado neste momento, pois será visto no subcapítulo do segundo capítulo (conferir item 2.2). No entanto, para não ficarmos sem um norte do princípio orientador do recurso, discorreremos a lição de Araken de Assis:

A justificativa mais singela da necessidade do duplo grau reside na circunstância de o pronunciamento do primeiro grau se sujeitar a erros e imperfeições. O reexame corrige o vício de juízo (*error in iudicando*) ou o vício de atividade (*error in procedendo*), lançando novas luzes sobre a matéria da contenda. (...) O princípio do duplo grau pressupõe dois órgãos judiciários em posição de hierarquia, um inferior, outro superior. O segundo grau se compõe de magistrados mais antigos na carreira⁹⁰.

⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 16ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 848.

⁸⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.1389.

⁸⁷ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 26.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 35.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70.

Verifica-se que a teoria dos recursos, calcada no princípio do duplo grau de jurisdição, tem como fundamentos a crítica da decisão proferida⁹¹, quando se decidiu algo que não deveria, ou decidiu o que deveria, ou decidiu, mas não da forma mais correta.

De forma bem simples e clara, resume o conceito de recurso o professor Aury Lopes Jr.:

Assim, o conceito de recurso vincula-se à ideia de ser um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou a anulação de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado, no mesmo processo em que ela foi proferida. Excepcionalmente, o recurso pode não ser um ato de parte, senão do ofendido, que venha ao processo como assistente não habilitado, exclusivamente para recorrer⁹².

Feita a incursão sobre a teoria recursal, analisaremos a sua aplicação, especificamente dentro do recurso de apelação e no procedimento do tribunal do júri, já que contra a sua decisão, por expressa previsão legal do Código de Processo Penal, é cabível a interposição do referido recurso.

O recurso de apelação, de maneira abrangente, constitui-se em recurso ordinário, o qual é previsto em quase todas as principais legislações modernas, sendo característica a ampla devolução cognitiva ao órgão *ad quem*. Pode-se reapreciar questões de fato e de direito, ainda que julgadas anteriormente, mormente em matéria processual penal onde o incomum é não haver preclusão. É eficaz instrumento processual para comprovar a atuação do princípio do duplo grau de jurisdição⁹³.

Ainda sobre apelação, conceitua Nucci:

Trata-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, e devolvendo ao Tribunal amplo conhecimento da matéria. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituá-la, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerar apelação como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito⁹⁴.

⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual penal*. Tradução: Júlia Jimenes Amador. São Paulo: Péritas Editora e Distribuidora, 2001. v. 2. p. 287.

⁹² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. Direito processual penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1041.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio; SCARANCE, Fernandes. *Recurso no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 112.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 471.

Muito embora há quem afirme que as decisões do júri poderiam estar inseridas no inciso I, do artigo 593, o Código de Processo Penal preferiu excepcionar o caso do júri, para que a apelação permanecesse vinculada a uma determinada motivação⁹⁵. Por isso, a apelação prevista no inciso III, do artigo 593, e suas alíneas, dirigem-se, exclusivamente, às decisões proferidas pelo tribunal do júri não sendo aplicáveis às decisões proferidas pelo juízo singular.⁹⁶

O recurso de apelação é específico e vinculado do instituto⁹⁷, cabendo apenas nas hipóteses do inciso III. O tribunal de justiça não pode conhecê-la por fundamento diverso do invocado pelas partes.⁹⁸

As possibilidades de se recorrer por meio de apelação contra as decisões do júri possuem previsão legal no artigo 593, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do Código de Processo Penal:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos⁹⁹.

Explica Pacelli sobre a possibilidade de se impugnar as decisões do tribunal do júri:

Nos procedimentos do Tribunal do Júri, contudo, não se aceitará quaisquer impugnações. E até por uma razão muito simples: por força de disposição constitucional expressa (art. 5º, XXXVIII), os crimes dolosos contra a vida devem ser julgados pelo Júri popular, sendo soberanas referidas decisões. Assim, eventuais impugnações a essas decisões só podem constituir exceções, ligadas às particularidades daquele tribunal, sobretudo pelo fato de se tratar de jurisdição popular, integrada, portanto, por leigos, escolhidos entre os representantes do povo¹⁰⁰.

A apelação interposta com fundamento nas alíneas “a” do artigo 593 do CPP, entende-se que não possui muito segredo em sua interpretação e quanto a sua possibilidade. O tribunal *ad quem* realizará uma análise sobre eventual ocorrência em relação a nulidade posterior a pronúncia até o julgamento em plenário, incumbindo à parte recorrente especificar em que consiste o

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.473.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1033.

⁹⁷ A Súmula 713 do STF estabelece: “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 969.

⁹⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 11 jan.2021.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Paceli. *Curso de processo penal*. 16ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012., p. 882.

alegado vício¹⁰¹. Seu acolhimento acarretará a nulidade de todos os atos posteriores ao reconhecimento da nulidade do ato impugnado, inclusive a sessão de julgamento.

Em que pese a previsão legal expressa de que a nulidade deva ser posterior à pronúncia, Ada Pellegrini ressalta a possibilidade de a apelação analisar e anular atos anteriores a pronúncia:

Apesar de a norma se referir a nulidade posterior à pronúncia, tendo em conta o legislador o fato de que vícios anteriores deveriam ter sido objeto de recurso interposto contra a decisão de pronúncia, não fica inteiramente impedida a alegação e consequente declaração de nulidade ocorrida antes, desde que não se trate de vício sujeito à preclusão, ou sanável pelos atos processuais posteriores¹⁰².

A apelação contra a sentença do júri com fundamento em nulidade ocorrida após a pronúncia não afeta nem fere a soberania dos jurados. Afirma Frederico Marques:

Nem fere a regra constitucional da soberania dos veredictos a aplicação, nestes termos, do referido princípio, dado que o Tribunal sequer penetra na esfera do *meritum causae*, pois se limita ao exame dos pressupostos processuais e das condições de procedibilidade. Nem ao menos lhe será facultado rescindir a decisão apelada, sob o fundamento de manifesto antagonismo com a prova dos autos, uma vez que a questão, nesse caso, se situar-se-ia em terreno adjacente ao fundo da lide e só se admitiria ser abordada mediante alegação expressa do recorrente, ao interpor a apelação¹⁰³.

Sendo a sentença do presidente do tribunal do júri contrária à lei ou à decisão dos jurados, a apelação será baseada na segunda hipótese, isto é, a alínea “b”. Trata-se de um erro cometido pelo magistrado que pode ser corrigido diretamente pelo tribunal superior, eis que, entre o veredicto e a sentença pode não haver dissonância¹⁰⁴. São duas as hipóteses que são cabíveis a apelação com base na alínea “b”. A primeira ocorrerá quando a sentença do juiz presidente do júri estar dissonante com a decisão do conselho de sentença, ou então, na segunda hipótese, ela está em consonância, porém contraria a lei¹⁰⁵.

Exemplifica Guilherme Nucci:

Esta hipótese não cuida de nenhum tipo de afronta ao veredito dos jurados, não atentando contra a soberania popular (...). Ex.: o juiz deixa de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 1.º do art. 121 do Código Penal, embora tenha o Conselho de Sentença reconhecido a ocorrência do domínio de violenta emoção, logo

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio; SCARANCE, Fernandes. *Recurso no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

¹⁰² Ibid. p. 120

¹⁰³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Campinas: Bookseller., v. 4. p. 230.

¹⁰⁴ Ibid., p. 231.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio; SCARANCE, Fernandes. *Recurso no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 122/123.

após injusta provocação da vítima. O tribunal, nesse caso, aplica diretamente a diminuição”.¹⁰⁶

O exemplo citado por Nucci, existente somente para determinados crimes, como o homicídio privilegiado, é de aplicação obrigatória, ainda que rompa com o mínimo da pena prevista no preceito secundário do tipo penal, devendo o tribunal corrigir o vício. Observa-se que esta é exceção à regra de fixação da pena dentro dos limites previstos pelo legislador para o tipo penal.¹⁰⁷

A terceira possibilidade de apelação contra sentença do júri é a prevista na alínea “c” do inciso III, do artigo 593 do Código de Processo Penal. Sendo outra hipótese referente exclusivamente à atuação do magistrado, também não ferindo a soberania dos veredictos. É o caso de erro ou injustiça cometido pelo juiz na aplicação da pena ou da medida de segurança¹⁰⁸.

Consiste o erro quando houver um equívoco na fixação da pena, como, por exemplo, se o juiz impuser a pena abaixo do mínimo legal, não respeitando o princípio constitucional da individualização da pena. Acontece o mesmo se, ao invés de aplicar a medida de segurança de internação, ele determinar que o réu cumpra tratamento ambulatorial, quando esta for absolutamente inapropriada ao caso.¹⁰⁹ Além de aplicar a pena ao condenado, dentro dos limites legislativos previamente impostos, cumpre ao magistrado sentenciante do júri eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ou decidir sobre a sua eventual substituição ou suspensão, quando cabível, podendo ser revista pela instância julgadora quando da análise da apelação.¹¹⁰

Observa-se até aqui que as três primeiras hipóteses de apelação contra a sentença do tribunal do júri não guardam segredos nem dificuldades na sua compreensão, visto que nenhuma delas afetam a soberania do júri ou ferem a soberania dos veredictos, mas tão somente servem para corrigir eventual erro cometido pelo magistrado, não entrando a instância superior julgadora, em hipótese alguma, na decisão tomada pelo conselho de sentença.

Entretanto, o estudo do recurso de apelação contra o que restou decidido pelos jurados merece uma profunda análise da valoração que o júri faz sobre o caso, dentre as simples respostas

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2015, p. 478.

¹⁰⁷ Id., 2015, p. 263.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 2015, p. 478/479.

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio; SCARANCE, Fernandes. *Recurso no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 122.

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2015., p. 45.

ofertadas estes em cada quesito e, principalmente no quesito genérico e obrigatório da absolvição, são dispensados de apresentar as premissas pela qual chegaram na respectiva convicção firmada, por meio do princípio da íntima convicção¹¹¹.

A apelação de sentença condenatória ou absolutória, proferida pelo tribunal do júri, com fundamento na contrariedade à prova dos autos é a mais controversa e complexa das hipóteses previstas no artigo 593, III, do Código de Processo Penal¹¹². São nesses moldes que reside o fundamento e a questão que será abordada neste subcapítulo.

O Código de Processo Penal antes da reforma de 2008, o qual inseriu o princípio da íntima ou livre convicção dos jurados, previa o recurso de apelação contra a decisão do conselho de sentença, quando estas forem manifestamente contrária a prova dos autos (CPP, Art. 593, III, “d”). Nucci, problematizando o cerne do imbróglio existente sobre esta hipótese de apelação da sentença do tribunal do júri alerta: “A primeira questão a se levantar diz respeito à possível lesão ao princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.”¹¹³

Sobre a origem da apelação de sentença no tribunal do júri com fundamento na contrariedade à prova dos autos, discorre Gustavo Badaró:

A origem de tal dispositivo encontra-se na apelação *ex officio* prevista no Regulamento 120/1841: “Quando o Juiz de Direito entender que o Júri proferiu decisão sobre o ponto principal da causa contrária a evidência resultante dos debates, depoimentos, e provas perante ele apresentadas” (art. 499, § 1.º). Posteriormente, no Distrito Federal era cabível a apelação no caso em que as “decisões dos jurados forem contrárias às provas dos autos” (Decreto 9.263/1911, art. 308). [...] Naquela época, como afirmava Whitaker, “o intuito do legislador foi evitar que a liberdade concedida ao jury para decidir por sua convicção, se degenerasse em abuso. Por isso, quando o jury (sic) negar o que está evidentemente demonstrado, patente, claro e manifesto, é que está preenchido o requisito necessário”. Ou seja, a exigência de um elevadíssimo grau de desconformidade entre o decidido pelos jurados e a admissão do recurso tinha por evitar que a íntima convicção se deturpasse em abuso, para condenar ou para absolver abusivamente¹¹⁴.

Analisando a alínea “d”, do item III, do artigo 593 do Código de Processo Penal, Eugênio Pacelli afirma:

Naquela alínea, o que estará sendo questionado é a própria decisão do Júri, configurando verdadeira exceção à regra da soberania dos veredictos. Por mais compreensível e

¹¹¹ PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri Procedimento e aspectos do julgamento. Questionários*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 281.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 484.

¹¹³ *Ibid.* p. 481.

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 244.

louvável que seja a preocupação com o risco de erro ou desvio no convencimento judicial do Júri popular, o fato é que o aludido dispositivo legal põe em xeque a rigidez da soberania das decisões do Júri¹¹⁵.

Posição peculiar a do professor Pacelli, sendo compartilhada e sustentada por Fernando Tourinho filho: “se os jurados julgam com a sua consciência, não faz sentido exigir que devam eles ater-se às provas dos autos, ou não seriam soberanos os veredictos”¹¹⁶.

Nesse ponto, há uma colisão de princípios, pois de um lado, no Código de Processo Penal, verifica-se previsão legal para o recurso contra as decisões do tribunal do júri, aliada ao princípio do duplo grau de jurisdição. De outra vereda, há o princípio da íntima ou livre convicção dos jurados, aliado ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, dando amparo as decisões dos jurados sem qualquer fundamentação ou motivação, podendo decidirem por qualquer razão, seja ela por dó, clemência, piedade ou qualquer outra causa suprallegal.

Com a nova sistemática do júri, a inserção do quesito genérico e obrigatório da absolvição, adicionando o princípio da íntima convicção dos jurados, estabeleceu-se um dilema. Será que ainda é possível a apelação, por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando o réu é absolvido ou condenado com base na votação do quesito, “o jurado absolve o acusado?”¹¹⁷.

Hodiernamente, um dos maiores defensores da mesma linha de pensamento de Eugênio Pacelli, Fernando Tourinho Filho, Adel El Tasse, e alguns poucos outros doutrinadores, é o professor Aury Lopes Jr. Verifica-se que a tese por eles defendida, hoje, é minoritária, porém, percebe-se que os tribunais superiores especiais estão vagarosamente modificando seu entendimento de ser absolutamente inviável a apelação da acusação de sentença absolutória no tribunal do júri¹¹⁸, sob o fundamento de a decisão ser contrária a prova dos autos. A exceção seria a apelação defensiva.

Explica Lopes Jr.,:

Já há quem sustente a inaplicabilidade do art. 593, III, “d”, diante da nova sistemática do júri, sob o argumento de que esse quesito genérico permite que o jurado, mais do que antes, exerça uma plena e livre convicção no ato de julgar, podendo absolver por qualquer motivo, tal como piedade ou compaixão. Trata-se de permitir-lhe absolver por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos. Como sintetiza REZENDE, não há decisão absolutória calcada no

¹¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 16^a ed.. São Paulo: Atlas, 2012., p. 884.

¹¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 465.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1108.

¹¹⁸ Cf. nota de rodapé 4 e 5.

terceiro quesito que seja manifestamente contrária à prova dos autos, já que ela não reflete a resposta a um quesito de fato, mas sim a vontade livre dos jurados, sem mais qualquer compromisso (pela nova sistemática legal) com a prova produzida no processo. Precisamos considerar que o recurso com base na letra “d” deve seguir sendo admitido contra a decisão condenatória (a impossibilidade seria em relação a sua utilização para impugnar a decisão absolutória). Isso porque, com a inserção do quesito genérico da absolvição, o réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico. Portanto, uma vez absolvido, não poderia ser conhecido o recurso do MP com base na letra “d”, na medida em que está autorizada a absolvição “manifestamente contrária a prova dos autos”. Como dito, com o quesito genérico da absolvição, os jurados podem decidir com base em qualquer elemento ou critério. Contudo, segue com plena aplicação o recurso fundado na letra “d” quando a sentença é condenatória. Isso porque não existe um “quesito genérico da condenação” (nem poderia existir, por elementar). Para condenar, estão os jurados adstritos e vinculados à prova dos autos, de modo que a condenação “manifestamente contrária à prova dos autos” pode e deve ser impugnada com base no art. 593, III, “d”. É regra elementar do devido processo penal. Sublinhe-se: o que a reforma de 2008 inseriu foi um quesito genérico para absolver por qualquer motivo, não para condenar. Portanto, a sentença condenatória somente pode ser admitida quando amparada pela prova¹¹⁹.

Em posicionamento um pouco divergente, sendo a doutrina mais pacífica atualmente, é o pensamento de Guilherme Nucci, Frederico Marques, Ada Pellegrini, Rogério Sanches dentre outros. Afirmam ser possível a apelação de sentença, desde que absolutamente contrária a prova dos autos.

Explica Nucci:

Em muitos casos, o tribunal, ao dar provimento ao apelo, embora não possa invadir o mérito e apenas determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri (atuando outro Conselho de Sentença), está, na essência, revendo a decisão e valorando, sob seu ponto de vista, a prova existente. Tal medida é incabível e inconstitucional. Não se trata de atribuição do tribunal togado reavaliar a prova e interpretá-la à luz de doutrina e jurisprudência majoritária. Cabe-lhe, unicamente, confortar o veredicto dos jurados com as provas colhidas e existentes nos autos, concluindo pela harmonia ou desarmonia entre ambas. (...)

Em suma, não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida¹²⁰.

A posição defendida por Nucci, que é a mais pacífica na doutrina e na jurisprudência, entende que somente a decisão que for manifestamente contrária a prova dos autos é que acarretará a anulação da sentença. Quando o conselho de sentença efetivamente equivocar-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Nesse entendimento, não

¹¹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1108/1109.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 484/485.

cabe anulação da sentença quando os jurados optam por uma das teses de interpretação da prova dos autos que foram apresentadas a eles. Havendo duas ou mais teses, optando o conselho por uma delas, não há decisão contrária a prova dos autos¹²¹.

O saudoso professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) Evaristo Toledo explica com maestria:

No caso da decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, o colegiado superior tornará sem efeito o julgamento, mandando o réu a novo júri. Havendo, porém, duas ou mais versões sobre o fato, os jurados podem optar pela que lhes parecer melhor, não merecendo censura. Nessa circunstância, não haveria razão para anular o julgamento¹²².

Mesmo divergindo sobre a possibilidade ou não de se recorrer da decisão absolutória dos jurados, de um ponto a doutrina não se divorcia: para que a decisão do júri possa ser alvo do recurso de apelação, ela deve ser manifestamente contrária a prova dos autos, leia-se, dissociada de qualquer tese dos autos. Havendo duas teses e o conselho de sentença optou por uma delas, não há que se falar em decisão contrária a prova dos autos.

É a lição do professor e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Rogério Sanches:

Se, porém, por outro lado, a decisão dos jurados encontra algum apoio na prova dos autos, tendo eles aderido a uma das versões verossímeis dentre as apresentadas, a decisão é mantida, em nome da soberania dos veredictos e levando-se em conta, em acréscimo, que os jurados julgam segundo sua íntima convicção, o que implica dizer, sem a necessidade de fundamentar seus votos. Somente – repita-se – aquela decisão que não encontrar qualquer arrimo na prova do processo é que autorizará novo julgamento com base nesse dispositivo legal¹²³.

Badaró entende que o Código de Processo Penal adotou uma linha intermediária dos posicionamentos da doutrina:

Entre a irrecorribilidade das decisões do Júri, o que tornaria intangível o veredicto, em atenção ao seu caráter soberano e à plena recorribilidade, dando ao Tribunal de Justiça o poder de reformar a decisão do Júri, no mérito, o que anularia, na prática, o Júri, o Código adotou uma linha intermediária¹²⁴.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1141.

¹²² TOLEDO, Evaristo. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1992. p. 292/293.

¹²³ CUNHA, Rogério Sanches. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.1464.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais. Manual dos recursos penais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017., p. 241.

Entendemos e respeitamos o posicionamento do professor Nucci sobre a possibilidade de se recorrer das decisões manifestamente contrária a prova dos autos, por exemplo, quando há tão somente uma única versão existente e os jurados decidem de forma contrária a ela. No entanto, após a reforma, parece que o entendimento do professor Aury Lopes Jr., é o mais adequado, uma vez que com a inserção do quesito obrigatório e genérico não há mais decisão absolutória que seja manifestamente contrária à prova dos autos, tendo em vista que ela não reflete a resposta a um único quesito de fato, mas a vontade livre e soberana dos jurados, sem qualquer compromisso (pela nova sistemática legal) com a prova produzida no processo. Se o jurado decide como e da forma que quiser, sem apresentar razões ou motivos, não há que se falar em decisão contrária a prova dos autos, pois não se conhece as premissas das razões de decidir.

Necessário ressaltar que o recurso deve ser recebido e admitido contra a decisão condenatória, pois a impossibilidade seria em relação a sua utilização para impugnar a decisão absolutória. Assim, para condenar, estão os jurados adstritos e vinculados à prova dos autos, de modo que a condenação “manifestamente contrária à prova dos autos” pode e deve ser impugnada com base no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, pois é regra elementar do devido processo penal. A reforma de 2008 inseriu um quesito genérico para absolver por qualquer motivo, não para condenar¹²⁵.

Não se quer esgotar neste subcapítulo a discussão sobre a possibilidade de interposição de recurso de apelação contra a decisão do júri, eis que é o objeto da pesquisa e este capítulo trata apenas da apelação de sentença no tribunal do júri. Porém, percebe-se a existência de uma colisão entre princípios quando se analisa o recurso de apelação, sendo o princípio do duplo grau de jurisdição contra decisão manifestamente contrária a prova dos autos, e o princípio da íntima convicção e soberania dos veredictos. Esta colisão será analisada nos próximos capítulos.

Desta forma, encerrando este capítulo, com a análise histórica do tribunal do júri, a sua decisão e o recurso de apelação contra a sua decisão. Estudaremos no próximo capítulo a tensão principiológica constitucional no âmbito do tribunal do júri, fazendo uma análise dos princípios e regras da Constituição e sua funcionalidade, depois realizaremos um estudo do princípio do duplo grau de jurisdição para então finalizar com a análise do princípio constitucional da soberania do tribunal do júri.

¹²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1108/1109.

2. DA TENSÃO PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI

No primeiro capítulo do trabalho, tratamos da análise dogmática do júri, tecendo considerações históricas do instituto, desde a sua origem até o seu formato nos dias de hoje. Posteriormente, analisamos a formação e o modo de decidir do conselho de sentença para que, por último, fosse feito o estudo do recurso de apelação de sentença no tribunal do júri, demonstrando uma colisão de normas existentes.

Feita a devida compreensão, neste segundo capítulo faremos um estudo da tensão principiológica constitucional existente no tribunal do júri, em razão da colisão entre princípios encontrado no capítulo anterior, começando por analisar a distinção entre princípios e regras da Constituição, na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Em seguida, analisaremos o princípio do duplo grau de jurisdição, compreendendo o seu surgimento, previsão legal e aplicabilidade como princípio no ordenamento jurídico processual penal, para que ao final, possamos analisar uma colisão de princípios existentes entre o recurso de apelação contra sentença absolutória do tribunal do júri e a decisão dos jurados.

Por fim, em um terceiro momento, passaremos a estudar o princípio constitucional da soberania dos veredictos no tribunal do júri. Trata-se de importante análise a ser feita neste trabalho, pois além de ser um dos principais princípios do instituto, está diretamente ligada a colisão entre os princípios da decisão do júri e o recurso de apelação contra a decisão absolutória do júri (duplo grau).

2.1 Dos princípios e regras da constituição na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Neste segundo capítulo, após analisarmos a decisão do conselho de sentença (subcapítulo 1.2) e a apelação de sentença no tribunal do júri (subcapítulo 1.3), percebemos que há uma colisão de normas constitucionais. Neste segundo capítulo, precisamente nos subcapítulos 2.2 (princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal) e 2.3 (princípio da soberania do tribunal do júri) perceberemos essa tensão dos princípios de modo incisivo, estando de um lado o direito de se recorrer de uma decisão judicial, e do outro, o princípio da soberania do júri, a qual impossibilita a revisão de suas decisões por um tribunal togado.

Pretende-se aqui dar enfoque a uma das ideias centrais do trabalho e apontar um debate pouco explorado nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais nacional, ou seja, a colisão entre normas de direitos fundamentais (princípios). Mormente a decisão absolutória do júri (soberania) e o recurso de apelação de sentenças absolutórias (duplo grau de jurisdição), bem como resolver e decidir essa colisão. O subcapítulo terá como ponto de partida a estrutura dos princípios e regras da Constituição na teoria dos direitos fundamentais, cuja descrição é feita por Alexy, no capítulo 3, do seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Muito tem se falado sobre a discussão entre regras e princípios proposta por Robert Alexy em seu livro. Faremos um estudo da sua teoria, para entender a distinção proposta e verificar se ela se faz adequada para resolver o problema apontado pelo presente trabalho. A teoria dos direitos fundamentais foi publicada em 1985 e é fruto do seu trabalho para habilitação na faculdade de direito da universidade Georg August em Gotinga¹²⁶. Diante do novo caráter assumido pelos direitos fundamentais, em razão da positivação nas constituições modernas como direitos de vigência imediata, o seu trabalho se preocupou em dar a devida interpretação a esses direitos.

Sobre a teoria de Alexy, ensina o professor Simioni:

Em um segundo momento, Alexy vai concentrar seus esforços na construção de métodos de argumentação jurídica especiais para tratar as questões de direitos fundamentais. E essa questão se torna importante, especialmente diante dos casos de colisão de preceitos fundamentais. No contexto do neoconstitucionalismo, que procura entender as constituições como programas políticos dotados de exigências materiais que merecem ser realizadas, Alexy desenvolve uma distinção, inspirada em Esse e Ronald Dworkin, entre regras e princípios. Para, a partir dela, fundamentar em procedimento de decisão jurídica para casos difíceis, nos quais a força de um princípio de direito fundamental deve ceder para ser possível a aplicação de outro mais forte. Assim, Alexy desenvolve uma teoria da ponderação de princípios, avançando bastante a tradição alemã de ponderar interesses, valores, bens e, agora, princípios¹²⁷.

Após diversas críticas ao positivismo jurídico, negando a normatividade dos princípios, classificando-os como fontes subsidiárias, inaugurou-se uma nova “escola do direito”, denominada de pós-positivismo, estando nela incluída a teoria de Alexy. Devida as transformações sociais do século XX, havia a necessidade de um direito seguro e modificável, afastando-se de um direito jusnaturalista, imutável. Kelsen desloca o fundamento do direito,

¹²⁶ AMORIM, Leticia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. 2005. p. 123/124.

¹²⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 234.

daqueles delírios metafísicos da vontade de Deus para um fundamento no próprio sistema do direito: a norma fundamental¹²⁸.

De forma resumida, podemos elencar como as principais contribuições dessa nova “escola”, incluindo a teoria de Alexy: i) a valoração normativa dos princípios, acabando assim com a afirmação positivista de que princípios estariam em um plano secundário; ii) Reabilitação da razão prática, buscando utilizar procedimentos que possam oferecer respostas racionais aos casos de colisão de princípios, afastando teorias decisionistas do direito; iii) Aproximação da teoria moral à teoria do direito, reabilitando a axiologia dos direitos fundamentais, atacando as teses positivistas de separação entre direito e moral; e, iv) cria relevância à dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito.¹²⁹

Podemos afirmar que há um certo consenso de que a teoria de Dworkin foi a primeira que citou de forma mais incisiva os contornos dessa distinção entre princípios e regras, opondo-se ao positivismo, em especial, ao pensamento de Herbert Hart¹³⁰. Dworkin¹³¹ afirmou “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário”. Partindo destas considerações, Alexy delineou ainda mais o conceito de princípios¹³², afirmando Sobrevilla, na introdução do seu artigo:

Robert Alexy propôs de início um modelo jurídico de regras e princípios em seu artigo ‘Zum Begriff des Rechtsprinzips’, no qual comentava e criticava a distinção entre regras e princípios de Ronald Dworkin e, por sua vez, tomava-a como ponto de partida para sua própria teoria. Desenvolveu o modelo jurídico de regras e princípios em seu livro *Theorie der Grundrechte*, que foi seu trabalho de habilitação¹³³.

Visto a dogmática jurídica, para compreender a sua importância na construção da teoria dos direitos fundamentais, antes de continuarmos, urge realizar um breve cotejo da noção do gênero (norma) ao qual princípios e regras pertencem. Vale ressaltar como a análise da contradição entre normas reforça a distinção entre regras e princípios.

¹²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea*. op. cit., p. 234.

¹²⁹ AMORIM, Letícia Balsamão. op. cit., p. 125.

¹³⁰ CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. *Revista de Direito Público. Universidade Estadual de Londrina*, v. 4, n 2, p. 1-11, maio/ago. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10749/9399>>. Acesso dia 07 ago. 2020. p. 2.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando a sério os direitos*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

¹³² CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. op. cit., p. 2.

¹³³ SOBREVILLA, David. *El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy*. 1996, p. 97. (nossa tradução).

Para Alexy¹³⁴, identificar quais seriam os direitos fundamentais, os princípios que norteiam a legislação e as exigências para realização da dignidade humana, liberdade e igualdade, uma vez positivados na Constituição alemã, passaram ao âmbito da dogmática jurídica¹³⁵, vinculando os poderes a normas de direitos fundamentais. Essa dogmática comporta três dimensões: analítica, empírica e normativa. Sendo a empírica está vinculada a validade e eficácia da norma positivada; a normativa é atrelada a reflexão crítica da práxis jurídica; e, a analítica visa dissecar sistemática e conceitualmente o direito em vigor¹³⁶.

Nesse sentido explica Robert Alexy:

Clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências. Os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretenda cumprir sua tarefa de maneira racional¹³⁷.

Podemos dizer que a estrutura central da distinção entre princípios e regras como espécies de norma de direito fundamental seria a análise analítico e estrutural. Analítico, pois o que se busca é limpidez e precisão conceitual, condição mínima de racionalidade em ciência. Estrutural, uma vez que a limpidez e a precisão purificam conceitos de elementos constitutivos, estruturais, portanto, no âmbito dos direitos fundamentais. Ressalta Alexy¹³⁸ a necessidade de haver “clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas”, sob pena de não ser “possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito. O mesmo vale para todos os conceitos relativos à dogmática dos direitos fundamentais”.

Após Alexy¹³⁹ analisar o conceito de norma de direito fundamental, no capítulo segundo, afirmando “Uma norma é uma norma de direito fundamental atribuída quando, para sua atribuição a uma disposição de direito fundamental, é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”, passa no capítulo seguinte a distinção entre regras e princípios.

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.

¹³⁵ Ibid. p. 33.

¹³⁶ Ibid. p. 33/35.

¹³⁷ Ibid. p. 38.

¹³⁸ Ibid. p. 45.

¹³⁹ Ibid. p. 83.

Segundo Rogério Cachichi¹⁴⁰, o próprio conceito de norma é muito abstrato na filosofia do direito. Afirma que norma de direito fundamental, semanticamente considerada como Alexy a estuda, constitui enunciado normativo (texto legal)¹⁴¹ derivado de três modelos deônticos: i) obrigatório (obrigação de fazer); ii) proibição; e, iii) permissão¹⁴². Ademais, normas de direito fundamental são os significados extraídos, diretamente ou não¹⁴³, (normas de direito fundamental podem ser estabelecidas diretamente pelo texto constitucional ou atribuídas) de enunciados normativos constantes da parte de direitos fundamentais das Constituições.

Como já dito, com a incorporação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos positivos, houve também, por necessário, uma nova interpretação do direito. Isso porque, os direitos fundamentais, que eram entendidos como regras, normas positivas, determinando direitos como qualquer outra norma do ordenamento, deixaram de assim fazer, devido ao Estado social. Passaram de ser apenas limitação estatal a desempenhar funções no ordenamento de valores materiais; axiológico; com conteúdo morais; e, aplicável não apenas entre Estado e cidadãos, mas em todas as demais relações jurídicas, sendo eles princípios que irradiam valores para todo o direito¹⁴⁴.

Nesse sentido, evidencia-se o problema:

Entretanto, os princípios fundamentais exigem estratégias de interpretação que sempre são mais difíceis do que a interpretação das regras jurídicas. E além disso, os princípios possuem uma estrutura tão ampla e vaga que os tornam propensos à colisão. De modo que, mais do que uma questão de simples subsunção dos fatos nas normas de direito fundamental, a questão agora deve ser entendida como uma questão de ponderação¹⁴⁵.

Alexy¹⁴⁶ realiza um estudo da sua estrutura, a partir da teoria dos direitos fundamentais, distinguindo regras e princípios, afirmando ser ela “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e a chave para solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Afirma, ainda, que “sem ela não há uma teoria adequada sobre as restrições a

¹⁴⁰ CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. *Revista de Direito Público. Universidade Estadual de Londrina*, v. 4, n 2, p. 1-11, maio/ago. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10749/9399>>. Acesso dia 07 ago. 2020, p. 4.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 52 e ss.

¹⁴² Ibid. p. 204 e ss.

¹⁴³ Ibid. p. 73.

¹⁴⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 271.

¹⁴⁵ Ibid. p. 271.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 85.

direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, tampouco sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”. Completando ao dizer que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.

A distinção entre regras e princípios possui um papel no contexto dos direitos fundamentais. Por outro lado, as normas de direitos fundamentais não raramente são caracterizadas como princípios, ou, ainda com mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de forma menos direta, como quando são empregadas em valores, objetivos, e por outro lado, são empregadas como regras, quando se afirma que a Constituição deve ser levada como lei. Por isso a necessidade de se realizar uma distinção entre regras e princípios.

A distinção proposta por Alexy seria uma metodologia com o intuito de solucionar os problemas dos limites ou alcances de uma norma jurídica, no que diz respeito ao problema da colisão. Vislumbramos que na prática forense e na dogmática jurídica não há um critério objetivo e seguro de distinção dentre todas as normas, o que é princípio e o que é regra de direito. Assim, busca Alexy, com sua teoria, uma real e rigorosa distinção entre regras e princípios, tendo em vista que para se ponderar princípios deve-se conhecer e existir essa prévia distinção¹⁴⁷.

A distinção de Alexy é diferente da distinção feita por Dworkin, embora inspirada neste. Dworkin afirma que regras são as normas jurídicas positivas nos textos jurídicos (Constituição, leis, precedentes), já os princípios são os princípios de moralidade política que justificam as regras, os quais não estão necessariamente positivados, falando-se em convicções hermenêuticas de moralidade política a respeito da interpretação dos textos jurídicos.¹⁴⁸

Veja que antes, entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, a distinção era de normas jurídicas (positivas) e princípios gerais de direito (implícitas, não positivados). Agora, com a teoria de Alexy, todas as normas jurídicas são positivas, dentro das quais existem uma que são regras, e outras, que são princípios.

De forma diferente, Alexy¹⁴⁹ sustenta a tese de que princípios e regras são normas com base no argumento de que ambos expressam um dever ser, sendo uma questão de positividade. Regras são normas com a mesma estrutura deontica que devem ser cumpridas. Princípios, por sua

¹⁴⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 273.

¹⁴⁸ Ibid. p. 274.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 87.

vez, são normas a serem cumpridas na maior brevidade possível. São eles positivados no direito, em especial, os de direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais e os indiretamente deduzidos deles. Para o autor, a diferença entre os dois não é de grau, mas qualitativa.

No entanto, se as regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica, qual seria a solução dada, efetivamente para se distinguir regras e princípios? Alexy observa diversos critérios, sendo um deles o grau de generalidade, pois norma genérica, aberta, possui caráter de princípios; e quanto mais fechada, restrita, seria caráter de regra. O outro critério utilizado é que norma são princípios se essa constitui fundamento de outra norma. Desta forma, as normas que são fundamento de outras são os princípios, enquanto as normas que são fundamentadas pelas outras são regras. No entanto, verifica-se que ambos são insuficientes¹⁵⁰.

A novidade da teoria de Alexy,¹⁵¹ ao distinguir princípios e regras, localiza-se no conceito de princípio: uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Constituem “mandados – ou mandamentos – de otimização”. São aquelas espécies de normas que não podem ser simplesmente cumpridas ou descumpridas. Sendo ordens, deve-se, portanto, cumprir muito ou pouco, e não cumprir ou não cumprir, pois trata-se de verificação qualitativa e não de grau de generalidade semântica¹⁵².

As regras¹⁵³, por outro lado, são normas que devem ser cumpridas de maneira exata. Isto é, seu cumprimento só pode ser feito de forma integral. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Não comportam uma graduação no seu cumprimento, pois ou são totalmente cumpridas ou são totalmente descumpridas. Princípios são mandados de otimização, as regras são mandados de determinação¹⁵⁴.

Robert Alexy, de forma diferente a Dworkin, entende que os princípios devem ser cumpridos na melhor medida do possível, tendo em vista tanto as possibilidades jurídicas, quanto as fáticas existente na situação. As possibilidades jurídicas são informadas pelo ordenamento jurídico como um todo, incluindo os demais princípios e regras. Deste modo, uma regra pode limitar o conteúdo de um princípio ao determinar aquilo que é juridicamente possível de realizar.

As possibilidades fáticas não são explicadas por Alexy, porém, nas palavras de Simioni:

¹⁵⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea* do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014., p. 275.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 90.

¹⁵² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. op. cit., p. 276.

¹⁵³ ALEXY, Robert. op. cit., p. 90.

¹⁵⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. op. cit., p. 277.

São aquelas possibilidades informadas pela própria comunicação econômica, política, científica, tecnológica etc. da sociedade. Significa, por exemplo, que por uma questão econômica de escassez de recursos, quer dizer, por uma questão de “reserva do possível”, o grau de exigência de um princípio pode ser justificadamente relaxado. E somente para evitarem-se abusos, fala-se no princípio do não retrocesso social¹⁵⁵.

Em outra obra, explica Alexy:

Há portanto distintos graus de cumprimento. Se se exige a maior medida possível de cumprimento em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas, se trata de um princípio. Se tão-somente se exige uma determinada medida de cumprimento, se trata de uma regra¹⁵⁶.

Diferentemente de Dworkin, é a solução apresentada por Alexy,¹⁵⁷ ao dizer a diferença entre regras e princípios nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. O que há de comum entre as colisões e conflitos é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si. A distinção está na forma de solução do conflito.

Quando há conflito entre regras¹⁵⁸ existem dois caminhos para se resolver a questão: no primeiro caso é introduzida uma cláusula de exceção em uma delas, que deve eliminar o conflito, ou então pelo menos uma das regras é declarada inválida. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social, pois o conceito de validade jurídica não é graduável, isto é, a norma jurídica é válida ou ela não é.

Quando há colisão entre princípios¹⁵⁹ a forma de resolução é amplamente diversa, já que um dos princípios deve ceder frente ao outro, caso haja conflito. Nesse sentido, a resolução se dá conforme a dimensão de peso entre os princípios envolvidos, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Entretanto, isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Perceba que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do seu peso.

¹⁵⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 277.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. La naturaleza de la filosofía del derecho. *Doxa, Barcelona*, n.26, 2003. p. 145-160. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcjt013>>. Acesso em: 07 ago. 2020. p. 144.

¹⁵⁷ Id. 2008. p. 91/92.

¹⁵⁸ Ibid. p. 92.

¹⁵⁹ Ibid. p. 93.

Com efeito, de modo exemplificativo, Alexy¹⁶⁰ explicou o conflito de regra como sendo o caso da “proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio”. O conflito acima explanado será resolvido ao reputar a segunda norma como cláusula de exceção da primeira, de tal modo que, dado o alarme de incêndio, mesmo que não finda a aula, deve-se sair da sala de aula.

De outra vereda, caso impossível reconhecer uma das regras em conflito com as chamadas cláusulas de exceção, então “pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico”. Exemplifica com o conflito entre a lei federal que, visando a regulamentação do horário de trabalho, permitia o funcionamento até 19h das lojas em dias úteis e a lei estadual que vedava o funcionamento às quartas depois das 13h. O Tribunal alemão reputou inválida a lei estadual. “As duas regras não poderiam valer ao mesmo tempo, caso contrário a abertura das lojas nas tardes de quarta-feira seria tanto permitida quanto proibida¹⁶¹.”

Já a colisão de princípios foi exemplificada por Alexy pelo caso de dois precedentes do tribunal constitucional alemão, sendo a incapacidade de participar de audiência processual e a decisão do caso Lebach. Explica Alexy o porquê da escolha, afirmando:

A análise da primeira decisão servirá para a compreensão da estrutura das soluções de colisões, que será resumida em uma lei de colisão; e a análise da segunda, para aprofundar essa compreensão e conduzir a uma concepção do resultado do sopesamento como norma de direito fundamental atribuída¹⁶².

Entretanto, como o aprofundamento do estudo a respeito da colisão de princípios não é o objetivo deste subcapítulo, tendo em vista que será amplamente tratado no terceiro capítulo, aqui nos atentaremos apenas ao tema princípios e regras da Constituição na teoria dos direitos fundamentais. Verificamos o que Alexy¹⁶³ chamou de caráter *prima facie* de regras e princípios. Explica Amorim:

Os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não constituem mandados definitivos, mas só *prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o princípio exige para esse caso valha como resultado definitivo. Os

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.,p. 92.

¹⁶¹ Ibid. p. 93.

¹⁶² Ibid. p. 94.

¹⁶³ Ibid. p. 103.

princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. O princípio não determina como há de se resolver a relação entre uma razão e sua oposta. Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidade jurídica ou fática, o que pode conduzir a sua invalidez; mas se tal não é o caso, vale, então, definitivamente o que a regra disse. Por isso, poderia pensar-se que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo. Esse modelo, que é defendido por Dworkin, é criticado por Alexy, por ser demasiado simples. É assim que Alexy constrói sua teoria, incluindo no modelo tudo-ou-nada das regras a possibilidade de introduzir uma cláusula de exceção. Quando isso sucede, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer sobre a base de um princípio. E, contra o que pensa Dworkin, as cláusulas de exceção introduzíveis nas regras sobre a base de princípios nem sequer são teoricamente enumeráveis. Nunca se pode estar seguro de que, em um novo caso, não haja que introduzir uma nova cláusula de exceção; lembrando que é possível que o próprio sistema possa proibir a limitação das regras mediante a introdução de cláusulas de exceção (ex.: direito penal, em que é proibida a interpretação restritiva ou redução teleológica)¹⁶⁴.

As reflexões até aqui apresentadas mostram que as regras e os princípios são razões de tipos diferentes. Os princípios são sempre razões *prima facie*; as regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, são razões definitivas. Alexy¹⁶⁵ considera que as normas são razões para ações e que regras e princípios são razões para normas.

Podemos concluir que no âmbito dessa teoria argumentativa do direito, Alexy pode pensar em resolver o grande problema da colisão de preceitos fundamentais, traçando essa distinção original entre regras e princípios. Para o autor, para se conceber princípios como mandados otimizáveis – e não como princípios – não está além de uma necessidade fática e jurídica de otimização. Não se podendo cumprir todos os princípios, por questão de escassez de recursos materiais e jurídicos, então nada melhor que relativizar a normatividade dos princípios na forma de uma otimização.

Encerramos este subcapítulo com uma breve análise da distinção de princípios e regras na teoria de Alexy, estudaremos no próximo subcapítulo o princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal para, posteriormente, encerrar o segundo capítulo com análise do princípio da soberania do júri.

¹⁶⁴ AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília. Edição 42, v. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>>. Acesso dia 06 ago. 2020., p. 128.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 106/107.

2.2 Do princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal

Feito um breve estudo dos princípios e regras da Constituição na teoria de Robert Alexy, neste subcapítulo trataremos do princípio do duplo grau de jurisdição, com foco no processo penal brasileiro, fazendo um estudo das noções básicas ligadas ao tema, como às justificativas de sua existência e origem, as discussões sobre sua hierarquia constitucional e a relação com os direitos fundamentais, como possível aceitação de garantia constitucional do processo. Além disso, veremos à exceção da aplicação do princípio como, por exemplo, em processos de competência originária em tribunais superiores.

Etimologicamente princípio é a causa primária, a origem de elemento predominante na constituição de um preceito, regra. Especificamente em direito, quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo para interpretar e como integração, conhecimento e aplicação do direito positivo¹⁶⁶.

As normas constitucionais nascidas com a Constituição Federal de 1988 possuem princípios e regras estampadas no artigo 5º, que cuida dos direitos e garantias individuais, considerados fundamentais, pois expressos, com aplicação imediata, nos termos do § 1º, do artigo 5º¹⁶⁷. No tocante aos princípios, seria raro encontrar algo no campo meramente formal; daí por que é preciso considerá-los materiais e, por via de consequência, de aplicabilidade necessária.

Guilherme Nucci filia-se a corrente da inexistência de princípios absolutos, afirmando ser por duas razões:

[...] a) são metas, horizontes, orientações amplas e genéricas a seguir, não possuindo interpretação única e comportando vários ângulos e pontos de vista; logo, algo tão genérico não pode ser absoluto; b) são naturalmente conviventes com os demais princípios, pois a harmonia precisa reinar na Constituição Federal, inexistindo motivo para um princípio ser superior a outro, na exata medida que a interpretação dada pelo operador do Direito, em especial, o Judiciário, é diversa, conforme quem a faz. Nem pretendemos debater eventual confronto entre um princípio constante do art. 5º e outro, existente fora do contexto dos direitos humanos. Em tese, um princípio do art. 5º seria axiologicamente superior a outro, pois o cenário dos direitos e garantias individuais constitui cláusula pétrea. Mas, ainda assim, o mais indicado é prezar pela harmonização de princípios, sejam eles quais forem¹⁶⁸.

E continua o professor Nucci:

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 3.

¹⁶⁷ Id. 2016. p. 108.

¹⁶⁸ Id. 2016 108/109.

Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O processo penal não foge à regra, sendo regido, primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei¹⁶⁹.

As normas subdividem-se em regras e princípios. Há regras constitucionais e regras infraconstitucionais. Há princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais¹⁷⁰. Quando indicamos um princípio constitucional, estamos nos referindo à base do sistema legislativo como um todo, ao menos no que se refere às normas infraconstitucionais¹⁷¹.

Existem princípios gerais e específicos a cada ramo do direito, desse modo, o princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se implicitamente vigente em todo o sistema processual brasileiro, pois é ele um dos fundamentos para os recursos, sendo aplicado no processo civil, no processo penal e no processo trabalhista. Assegurando ao jurisdicionado, o qual inconformado com a decisão ou sentença desfavorável, ser reapreciada por um outro juízo pela via do recurso¹⁷².

Como afirmado acima, o duplo grau de jurisdição é um dos diversos fundamentos para o recurso em sentido amplo. Na lição de Badaró, existe o fundamento psicológico, pois o ser humano não se contenta com um julgamento que lhe seja desfavorável, assim, o recurso satisfaria uma necessidade psicológica. Há o fundamento político, decorrente do fato do ato jurídico da autoridade judiciária advir de parcela do poder estatal (judiciário), sendo imperativos. Tal fundamento seria o fato de toda decisão estatal estar sujeita a reexame, sob pena de tornar-se um poder ilimitado e absoluto, o que é vedado em um Estado democrático de direito.

Por fim, o fundamento jurídico dos recursos seria o princípio do duplo grau de jurisdição, o qual assegura o direito de reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso do que proferiu a decisão, com grau de hierarquia superior¹⁷³. A ideia de duplo grau refuta a alegação de

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza., *Curso de Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 128.

¹⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 3. p. 89.

¹⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6 ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 2015., p. 23.

¹⁷² DESTRO, Carlos Alberto. *O duplo grau de jurisdição*. *Intertemas*. Presidente Prudente: Revista da Toledo, 2001. v. 4. p. 59.

¹⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. op. cit., p. 39/40.

ausência de limites às impugnações contra os pronunciamentos desfavoráveis do juiz. Este assegura dois exames, nada mais, pois o vencido nunca se conformará com o provimento desfavorável. Por outro lado, o duplo grau contesta a instância única e a irrecorribilidade¹⁷⁴.

Chiovenda, escrevendo sobre o duplo grau, afirma que ele representa uma garantia para os cidadãos, sob três aspectos:

O princípio, consagrado em no direito, do duplo grau de jurisdição consiste em que toda causa, com exceção dos casos enumerados na lei, deve poder transitar pela plena cognição de dois tribunais sucessivamente; e esse duplo grau, na intenção do legislador, representa uma garantia para os cidadãos, sob três aspectos:

- a) na medida em que um reiterado julgamento torna, já por si, possível a correção dos erros;
- b) porque os dois julgamentos são confiados a juízes diversos;
- c) uma vez que o segundo juiz se apresenta como mais autorizado que o primeiro (o pretor relativamente ao conciliador, o tribunal com respeito ao pretor, a corte de Apelação com referência ao tribunal)¹⁷⁵.

O direito de recurso em sentido amplo, que permite recorrer de uma decisão, tem como base principiológica o duplo grau de jurisdição, em que uma decisão proferida recebe novo julgamento, por quem a proferiu, por exemplo os embargos de declaração, ou por um juízo superior¹⁷⁶. Em contrapartida, imperioso frisar que, conforme o ensinamento de Pacelli,¹⁷⁷ não há que se falar em duplo grau de jurisdição no juízo de retratação que ocorre no recurso em sentido estrito, no agravo de execução, ou mesmo nos embargos declaratórios, eis que o órgão que prolatará a decisão será o mesmo órgão que julgou a decisão atacada.

Por se tratar do princípio do duplo grau de jurisdição, possibilitando o controle ou a revisão dos atos e decisões, e são justamente os recursos decorrentes do princípio que são os meios de impugná-los, cumprindo assim o controle, que devemos distingui-los das ações autônomas impugnativas, como o mandado de segurança e a revisão criminal, que têm previsão constitucional e servem como garantias individuais da eliminação da arbitrariedade, coação ilegal, abuso de poder, não concessão de um direito público subjetivo ou violação a direito líquido e certo¹⁷⁸.

Trata-se de garantia fundamental de boa justiça, contemplado em diversas constituições estrangeiras e em documentos internacionais, como a Convenção Americana dos Direitos

¹⁷⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007., p. 69.

¹⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v.3. p. 246/247.

¹⁷⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 256.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 16. ed.. São Paulo: Atlas, 2012., p. 854.

¹⁷⁸ COSTA, Gustavo Carvalho. *O duplo grau de jurisdição no processo penal*. 2006, p. 8.

Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em seu artigo 8, 2, “b”, cujo Brasil ratificou em 1992, tornando-se norma interna, conforme decreto 678 de 1992.¹⁷⁹

No Brasil, já houve expressamente em outra Constituição (Art. 158 – 1824) o duplo grau de jurisdição. Em nossa atual Carta Magna não há previsão expressa, no entanto, pode-se afirmar que é garantia implícita assegurada pela Constituição, pois nela há estrutura dos órgãos da chamada jurisdição superior. Ademais, na lição de Grinover, trata-se de princípio constitucional implícito:

E a partir de 1992, pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro, em nível supralegal. (...) Hierarquicamente, os dispositivos da Convenção Americana colocam-se no mesmo nível das regras constitucionais, por força do disposto no art. 5º, § 2º CF (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”)¹⁸⁰.

Para Frederico Marques, não há dúvidas sobre a aplicação e a garantia do duplo grau de jurisdição, principalmente no processo penal:

E dúvida não pode haver de que o sistema do duplo grau de jurisdição constitui fator de grande segurança na aplicação da lei, apresentando, no demais, ação catalítica no aperfeiçoamento das decisões por obrigar o juiz de primeiro grau a maiores cuidado e exação na sua tarefa julgadora. No direito pátrio, mais que o duplo grau de jurisdição, o que existe praticamente é o princípio da pluralidade de graus jurisdicionais, consoante pode verificar-se dos itens II e III do artigo 101 da Constituição Federal¹⁸¹.

Feita análise dos fundamentos e origem do duplo grau de jurisdição, verificamos que a Convenção Americana dos Direitos Humanos foi a responsável por inserir, especificamente no âmbito do processo penal, de forma implícita, o duplo grau de jurisdição, sendo hoje reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como a garantia de se ter a revisão da decisão que lhe é desfavorável, decorrente da previsão de tribunais e do devido processo legal, com meios capazes de garantir o contraditório e a ampla defesa, a partir do artigo 8º, § 2º, alínea “h”, do Pacto de San Jose da Cosa Rica¹⁸².

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; SCARANCA, Fernandes. *Recurso no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p. 23.

¹⁸⁰ Ibid. p. 24.

¹⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997., v4. p. 182.

¹⁸² ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ªed.. Florianópolis: EMais, 2019., p. 803.

Antes da Convenção Americana, muitos autores, como Ada Pellegrini e Nucci, afirmam que a existência do duplo grau de jurisdição já era implícita, em decorrência de construções e interpretações de outros princípios, por exemplo a própria organização da estrutura do poder judiciário, a qual prevê instâncias superiores de julgamento. Portanto, já se reconhecia a aplicação da reanálise da decisão no ordenamento jurídico. Assim afirma Guilherme Nucci:

O princípio é consagrado na própria Constituição quando se tem em mira a estrutura do Poder Judiciário em instâncias, bem como a expressa menção, v.g., feita no art. 102, II, referente ao Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe julgar, em recurso ordinário: “a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político”. Ora, se uma pessoa, condenada na Justiça Federal de primeiro grau por delito político, tem o direito constitucional de recorrer ordinariamente ao STF, por que outros réus não teriam o mesmo direito? Assim, a garantia do duplo grau de jurisdição é, sem dúvida, princípio básico no processo penal¹⁸³.

O tema deve ser analisado com vistas a um processo penal que não sirva tão somente para a aplicação do direito penal e uma satisfação da pretensão punitiva estatal, mas que possa ser um efetivo remédio para garantir os direitos e liberdades individuais, trazendo segurança aos indivíduos contra os atos abusivos do Estado¹⁸⁴.

Têm-se que o princípio não precisa estar expressamente previsto para que esteja embutido no sistema normativo, podendo-se concluir que a Constituição Federal ao disciplinar o poder judiciário como uma organização hierarquizada, com diversos tribunais, acabou por inserir o duplo grau como princípio¹⁸⁵.

Até aqui, vimos que o princípio é aplicado em todos os ramos do direito e mesmo não estando expressamente no ordenamento ele decorre de interpretações, logo está previsto de forma implícita no ordenamento, isso até o ano de 1992, o qual se tornou o marco para o processo penal, de forma específica.

No tocante a sua aplicação no direito processual penal, assim define Aury Lopes Jr.:

¹⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 183.

¹⁸⁴ COSTA, Gustavo Carvalho. *O duplo grau de jurisdição no processo penal: Apelação no rito do júri*. Dissertação (mestrado). Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/6478>>. Acesso em: 10 jan. 2020., p. 5.

¹⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal* – 13 ed. v.3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016., p. 90.

O princípio do duplo grau de jurisdição traz, na sua essência, o direito fundamental de o prejudicado pela decisão poder submeter o caso penal a outro órgão jurisdicional, hierarquicamente superior na estrutura da administração da justiça. Além de garantir a revisão da decisão de primeiro grau, também compreende a proibição de que o tribunal *ad quem* conheça além daquilo que foi discutido em primeiro grau, ou seja, é um impedimento à supressão de instância¹⁸⁶.

Antes do Pacto de San José da Costa Rica, buscava-se extrair o duplo grau de outros princípios, porém, com a chegada da Convenção Americana, o processo penal teve o referido princípio inserido no seu ordenamento, pois os direitos e garantias previstos naquela convenção tornaram-se autoaplicáveis, consoante artigo 5º, §§ 1º e 2º, tornando-se indiferente a discussão.¹⁸⁷

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes¹⁸⁸, além de Guilherme de Souza Nucci¹⁸⁹ e Maurício Zanoide de Moraes¹⁹⁰, defendem o *status* constitucional do duplo grau de jurisdição, por meio da ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), em 1992.

Em que pese a maioria da doutrina concordar que o princípio decorre do sistema constitucional, parte da doutrina entende não se tratar de um princípio constitucional, inclusive defendendo a extinção do primeiro grau, deixando a decisão diretamente para os tribunais, como nas causas de competência originária. Nesse sentido afirma Marinoni:

O duplo grau de jurisdição, compreendido como o direito à revisão da decisão proferida pelo juiz que teve, pela primeira vez, contato com a causa, não é garantido constitucionalmente, nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça¹⁹¹.

Em sua monumental obra, Instituições de processo penal, Hélio Tornaghi rebate o posicionamento contrário ao duplo grau de jurisdição, afirmando:

[...] o juiz de primeira instância poupa o trabalho ao de segunda; que a função deste não é refazer o já feito por aquele; que o juiz inferior se esmera para não ver reformada sua decisão; que muitos processos, especialmente no crime, terminam na instância inferior; que esta pode ocupar um só juiz (como acontece entre nós); que a dualidade responde a

¹⁸⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1042.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 1043.

¹⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; SCARANCE, Fernandes. *Recurso no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998., p. 24.

¹⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1095.

¹⁹⁰ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000., p. 30.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 209.

um sentimento generalizado e aumenta a tranquilidade, a confiança e até a conformação do vencido; que isto alcança melhor última e política da função jurisdicional, que é assegurar a paz e evitar a justiça feita pelo ofendido e os seus conseqüentários, então não há como deixar de reconhecer que os sistema tradicional deve ser mantido¹⁹².

No entanto, o Brasil, ao ratificar a convenção de direitos humanos, equiparou o duplo grau de jurisdição como direito e garantia fundamental, nos moldes do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, porém, sua recepção ocorreu em 1992, antes à Emenda Constitucional 45/2004. Desta forma, podemos afirmar que não há dúvidas sobre a existência do princípio do duplo grau em nosso ordenamento jurídico e, principalmente no processo penal. Porém, deve-se ressaltar a posição atual do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (HC 87.585/TO)¹⁹³ de que a Convenção Americana de Direitos Humanos ingressou no sistema jurídico interno com *status* “supralegal”, ou seja, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal¹⁹⁴.

A discussão sobre ser o duplo grau de jurisdição um princípio constitucional ou ser um princípio supralegal, em razão da sua recepção ter ocorrido antes da emenda constitucional n.º 45, aparentemente mostra-se mero conflito doutrinário ou de interpretações, considerando que alguns autores já o consideravam antes mesmo do Pacto de San Jose. Pela interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de *status* supralegal, a discussão torna-se grande e vai além dos livros, sendo um dos pontos relevantes do presente trabalho.

Como vimos no subcapítulo 1.3, o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de apelação de sentença da decisão do júri, principalmente das decisões manifestamente contrária a prova dos autos. Referido recurso, visto agora neste subcapítulo, é decorrente do princípio do duplo grau de jurisdição. Considerando então que o recurso tem como base principiológica o duplo grau de jurisdição e que a apelação é uma das formas de recurso, de se impugnar as decisões judiciais, parece-nos que o recurso de apelação possui *status* de norma legal ou, em razão do duplo grau de jurisdição, de *status* de norma supra legal.

No subcapítulo 1.3 afirmamos que havia uma colisão entre princípios, particularmente o recurso de apelação (princípio do duplo grau de jurisdição) e a decisão manifestamente contrária

¹⁹² TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1977., p. 131.

¹⁹³ O plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 466.343/SP e o HC 87.585/TO, declarou a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito, reconhecendo, ainda, que o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento pátrio com status de norma supralegal, restringiu a prisão civil por dívida ao descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Com isso, concluiu que os tratados internacionais de direitos humanos relativos à matéria imprimiram efeito paralisante às normas infralegais autorizadoras da custódia do depositário infiel.

¹⁹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1043.

a prova dos autos (princípio da íntima convicção e soberania dos veredictos), nas decisões absolutórias proferidas pelo júri. Os princípios constitucionais não são absolutos, mas relativos, devendo acomodar-se, uns com os outros, de maneira harmônica¹⁹⁵.

Diante disso, uma das formas de resolver a colisão entre os princípios seria analisando-os hierarquicamente. Afirma Didier Jr.:

Além do mais, sendo o duplo grau um princípio, é certo que pode haver princípios opostos, que se ponham como contraponto. Em outras palavras, sendo o duplo grau um princípio, pode ser contraposto por outro princípio, de molde a que haja limites de aplicação recíprocos¹⁹⁶.

Não se nega que no processo penal e, principalmente nas sentenças condenatórias, o princípio do duplo grau de jurisdição é absolutamente aplicável. Porém, como toda boa regra possui sua exceção, tal afirmação não poderia se aplicar quando tratar-se de recurso de apelação contra sentença absolutória do tribunal do júri. Nesta situação, estaríamos reconhecendo o princípio do duplo grau de jurisdição, por meio da apelação, porém, de outro lado, haveria o princípio da íntima convicção dos jurados, os quais decidiram por absolver o réu por qualquer razão, eis que não necessitam fundamentar e motivar suas decisões, como vimos no capítulo anterior. Além disso, a íntima convicção está escorada no princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Assim como ocorre nos julgamentos dos casos de competência originária dos tribunais superiores, acreditamos que no caso de apelação das sentenças absolutórias do júri, prevalece o entendimento de que a Constituição não consagra expressamente o duplo grau de jurisdição, portanto, é a exceção à regra, uma restrição (*pro reo*) da garantia decorrente da Convenção Americana, cujo caráter é supralegal e, mesmo que o consideramos consagrado no texto Constitucional, poderia haver supressão ou limitação pelo próprio sistema constitucional.¹⁹⁷

Diante desta colisão de princípios, parece-nos que, quando a decisão dos jurados for absolutória, com base no quesito genérico e obrigatório, afasta-se a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, por ser norma supralegal e também por estar contrapondo-se ao princípio da íntima convicção dos jurados e o princípio constitucional da soberania dos

¹⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 184.

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal* – 13 ed. v.3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016., p. 90/91.

¹⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1043.

veredictos, podendo, inclusive, como razões de se decidir a colisão existente, invocar o princípio do *indubio pro reo*.

Ressalta-se que o contrário não se aplica, ou seja, quando se tratar de decisão condenatória manifestamente contrária a prova dos autos, aplica-se o princípio do duplo grau de jurisdição, inserido pela Convenção Americana no ordenamento jurídico processual penal, podendo sim haver apelação da defesa, eis que em favor do réu milita os princípios constitucionais da ampla defesa e da plenitude de defesa, o qual será estudado no terceiro capítulo, além de haver expressa previsão legal no Código de Processo Penal (Art. 593, III, “d”). Como afirmado no subcapítulo 1.3, a reforma processual penal de 2008 inseriu um quesito genérico para se absolver por qualquer motivo, e não para se condenar por qualquer razão.

Por fim, como outra exceção à regra, verifica-se que há um esvaziamento da aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição nos casos de processos criminais envolvendo réus que são detentores da prerrogativa de função, portanto, originariamente são julgados pelos tribunais superiores, não existindo instância revisora, restrita à discussão de mérito, somente de matéria de direito¹⁹⁸. Nesse sentido é a exemplificação de Rogério Sanches:

Lembram, ainda, de situações em que é impossível o cidadão valer-se de tal direito, como, por exemplo, O Presidente da República quando julgado pelo STF, por competência originária e pela prática de crime comum (art. 102, inc. I, “b” da CF). (...) Nesses casos, sobrevindo condenação, não haverá outro órgão a quem recorrer de tal decisão¹⁹⁹.

Mesmo tratando-se os julgamentos pelos tribunais superiores como uma exceção ao princípio do duplo grau de jurisdição, também temos a exceção da exceção. Exemplificando tal caso temos que, considerando que os julgamentos pelos tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal, julgam por competência originária um processo penal, em que o direito fundamental da liberdade do cidadão é objeto direto, há um maior cuidado na análise da aplicação ou não do duplo grau de jurisdição, diante do seu expreso reconhecimento no processo penal.

Desta forma, na conhecida ação penal do STF, de n.º 470, a qual julgou o processo denominado de mensalão, um dos fundamentos para admissão de embargos infringentes foi

¹⁹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1042.

¹⁹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2017., p. 1390.

justamente a inexistência de outro recurso e outro órgão superior perante o Supremo Tribunal Federal para se discutir matéria afeta ao mérito, prestigiando assim e de certa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição.

No referido julgamento, o Ministro Celso de Melo²⁰⁰, em seu voto pelo conhecimento dos embargos infringentes, fundamentou justamente que a regra contida no artigo 333, inciso I, do Regimento Interno da Corte busca a concretização do postulado do duplo grau, amparado na Convenção Americana de Direitos Humanos. Trazendo duas possibilidades para se prestigiar o duplo grau, sendo uma delas atribuir ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento, em instância inicial, com recurso ao Supremo Tribunal Federal, ou então, outorgar competência a uma das turmas do STF com possibilidade de recurso ao pleno daquela corte²⁰¹.

Podemos concluir com este subcapítulo que o princípio do duplo grau de jurisdição já teve previsão constitucional de forma expressa no Brasil, sendo que a atual Magna Carta não o trouxe de forma expressa, porém, é pacífico a sua existência no ordenamento jurídico de forma implícita. Em 1992, com a ratificação da Convenção Americana, tomou a norma *status* supralegal, com expressa previsão de aplicação do princípio no processo penal. No entanto, verifica-se duas exceções de afastamento da aplicabilidade da dupla jurisdição no processo penal: das decisões absolutória do júri, com base no quesito genérico e obrigatório de absolvição, e nos julgamentos de competência originária dos tribunais superiores.

2.3 Do princípio da soberania do tribunal do júri

Após realizarmos um estudo, no primeiro subcapítulo, dos princípios e regras, na teoria de Robert Alexy, analisamos no segundo subcapítulo o princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal, para compreendermos o recurso de apelação contra sentença absolutória no tribunal do júri. Agora, finalizando o segundo capítulo, estudaremos um dos mais importantes princípios do tribunal do júri, que é a sua soberania, compreendendo a sua natureza, origem, aplicação e a colisão com o recurso de apelação de sentença absolutória do júri.

²⁰⁰ STF - AP 470 MG, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 18/09/2013, Tribunal Pleno. Data de Publicação, Acórdão Eletrônico – Dje – 032. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em 11 jan. 2021.

²⁰¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2017., p.1392.

Como já sabemos, o tribunal do júri está contemplado no rol das garantias fundamentais dos indivíduos - capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos -, portanto é um direito fundamental do indivíduo, do cidadão, de ser julgado pelo júri, nos crimes de sua competência. O instituto mantém uma íntima ligação com os ideais democráticos albergados pela consciência popular, conferindo a participação do povo na administração da justiça, desde que preenchidos os critérios estabelecidos²⁰².

Os julgamentos pelo tribunal do júri não são atribuídos a profissionais da toga, mas aos cidadãos comuns, aos pares do próprio acusado. Verifica-se que no júri há uma divisão de funções, em razão da competência descrita no Código de Processo Penal, pois aos jurados competem decidir sobre o crime e a respectiva autoria, e ao juiz, sobre a pena a ser aplicada, em caso de condenação²⁰³. A atual Constituição não só reconheceu a instituição como também lhe assegurou princípios para o julgamento, que dentre eles, destaca-se a soberania dos veredictos, espelhando necessariamente a ideia que lhe faz ínsita, de irrecorribilidade das suas decisões²⁰⁴.

A competência fixada para o tribunal do júri para apreciar eventual prática de delito doloso contra a vida não se confunde com mera regra de regulação do conflito, pois milita em favor do cidadão criminalizado, blindando-o em face da sanha repressora do aparelho estatal, ou seja, “o princípio da soberania dos veredictos e mesmo a garantia do próprio tribunal do júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida foram instituídos em favor do interesse da defesa”²⁰⁵.

A soberania dos veredictos pode ser considerada a alma do tribunal do júri, garantindo aos jurados o efetivo poder de julgar, sem fundamentar a sua decisão, pois, do contrário, seria um mero parecer passível de reanálise por um magistrado togado. Considera-se soberano o mais alto grau de uma escala, um poder absoluto, acima do qual não existe outro²⁰⁶. Por isso a decisão

²⁰² IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. *A pronúncia no procedimento do tribunal do júri brasileiro*. 2009. 562 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8828/1/Hamilton%20da%20Cunha%20Iribure%20Junior.pdf>>. Acesso dia 20 mai. 2020., p. 171.

²⁰³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1997., v3. p. 236.

²⁰⁴ TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 108.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 16. ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 884.

²⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2015., p. 387.

coletiva dos jurados, a qual é chamada de veredicto²⁰⁷, não pode ser mudada em seu mérito por um tribunal composto por juízes técnicos.²⁰⁸

Parece clara a explicação de Eliete Costa Silva Jardim, afirmando que a resposta ao quesito genérico de absolvição “não se vincula a fatos ou teses jurídicas, pois a decorrência é a insindicabilidade da decisão absolutória, sob pena de violação à soberania do tribunal do júri”²⁰⁹.

A soberania das decisões, ao lado da plenitude de defesa, é princípio dos mais caros ao sistema processual de julgamento pelo Tribunal Popular, sem o qual se esvaziaria, quase que por completo, a importância e a utilidade da instituição. Isso significa que um juiz togado, ou um grupo de juízes togados, não pode, por mera discordância, modificar a decisão do Tribunal do Júri, uma das poucas formas de exercício direto do poder popular consagradas na Constituição da República²¹⁰

Formado o conselho de sentença e iniciada a sala de votações, sobre os jurados recaem princípios que lhe asseguram esse poder e dever de decidir, sendo: a íntima convicção; o sigilo da votação; e, o mais importante deles que é a soberania das suas decisões. Na lição de Badaró “a soberania dos veredictos deve ser entendida como a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir os jurados na decisão da causa”²¹¹, impedindo uma ingerência do Estado/Judiciário nas suas decisões.

Frederico Marques²¹² afirma que o júri, salvo na Inglaterra, decide pela íntima convicção, sendo suas respostas a soberania da sua consciência. Por isso as declarações do conselho de sentença seriam inapeláveis, excetuando a anulação, para que outro júri decida novamente, não lhe retirando a capacidade de decidir.

No Brasil império, criou-se a apelação *ex officio*, em 1841 por meio da lei 261²¹³, aplicando-se quando o juiz entendesse que a decisão sobre o ponto principal da causa era contrária à evidencia resultante dos debates, depoimentos e provas apresentadas. Referida lei foi alterada pela lei 263, porém, a única modificação foi na titularidade do recorrente, traduzindo o nosso atual artigo 593, inciso III, “d”, do Código de Processo Penal.

²⁰⁷ Cf. Subcapítulo 2.2.

²⁰⁸ CAMPOS, Walfredo Cunha. *O novo júri brasileiro*. São Paulo: Primeira Impressão, 2008, p. 36.

²⁰⁹ JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri. Absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecurribilidade. *R. Emerj.* vol. 18. n. 67. p. 13-31. Rio de Janeiro, jan.-fev. 2015, p. 20.

²¹⁰ Id, 2015, p.20.

²¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017., p. 765.

²¹² MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 74/76.

²¹³ BRASIL. *Lei nº 261*, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código de Processo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm#:~:text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brasil.>. Acesso em 20 jan. 2021.

Como já afirmamos no primeiro capítulo, a soberania do júri é reconhecida pela nossa Constituição, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que as decisões do conselho de sentença não podem ser modificadas por um tribunal togado, sob pena de caracterizar nítida violação do princípio. Os veredictos dos jurados, por representarem a vontade popular, são considerados soberanos²¹⁴. Entende Guilherme Nucci:

Sob outro prisma, quando interposta apelação, quanto ao mérito da decisão popular, deve o Tribunal togado agir com a máxima cautela, a fim de não dar provimento a todo e qualquer apelo, somente porque entende ser mais adequada outra avaliação. Ou porque o veredicto popular contraria a jurisprudência da Corte. Nada disso interessa ao jurado, que é leigo. Respeitar a soberania dos veredictos significa abdicar da parcela de poder jurisdicional, concernente ao magistrado togado, para, simplesmente, fiscalizar e buscar corrigir excessos e abusos, mas sem invadir o âmago da decisão, crendo-a justa ou injusta²¹⁵.

Percebemos que até este ponto, visto a definição e origem da soberania, não há dúvida sobre o consenso da doutrina sob a imutabilidade das decisões do júri, por serem soberanas. Entretanto, a divisão jurisprudencial e doutrinária ocorre quando se passa a questionar as decisões absolutórias do júri, que forem manifestamente contrárias à prova dos autos. Majoritariamente, doutrina e jurisprudência admitem apelações de sentenças absolutórias do júri somente quando estas forem manifestamente contrária à prova dos autos, afirmando a possibilidade de anulação pelo tribunal superior, sem, contudo, interferir no mérito, apenas submetendo o réu a novo julgamento, por outro conselho de sentença. No entanto, a decisão que determina o réu ser submetido a novo júri somente poderá ser aplicada uma única vez, conforme dita o § 3º, do artigo 593, do Código de Processo Penal.

Outro consenso alinhado é de que não seria toda e qualquer decisão do júri manifestamente contrária à prova dos autos que ensejaria a apelação, mas apenas quando a prova produzida não tivesse apoio algum na decisão proferida pelo conselho de sentença, pois, caso as provas indiquem duas possíveis soluções, versões dos fatos, sendo cada uma delas admissíveis, a decisão dos jurados que optar por qualquer uma delas não poderá ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos²¹⁶.

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; SCARANCA, Fernandes. *Recurso no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998., p. 124.

²¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 2020, p. 179.

²¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017., p. 245/246.

A questão então a ser debatida neste subcapítulo não é o que já está pacífico, ou seja, a viabilidade da apelação de sentença absolutória manifestamente contrária à prova dos autos, mas a análise da existência de fundamento constitucional para se apelar de sentenças absolutórias do júri, independentemente de serem ou não manifestamente contrária à prova dos autos, considerando o princípio da soberania do júri.

Desta forma, quando se analisa a palavra soberania e depois verifica sua aplicabilidade na jurisprudência e no Código de Processo Penal, torna-se algo simples e ao mesmo tempo muito complexo. Neste sentido é a lição de Nucci:

É algo simples se levarmos em conta o óbvio: o veredito popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer tribunal togado. É, entretanto, complexo, na medida em que se vê o desprezo à referida supremacia da vontade do povo em grande segmento da prática forense. Muitos tribunais togados não se têm vergado, facilmente, à decisão tomada pelos Conselhos de Sentença. Alguns magistrados procuram aplicar a jurisprudência da corte onde exercem suas funções, olvidando que os jurados são leigos e não conhecem – nem devem, nem precisam – conhecer a jurisprudência predominante em Tribunal algum²¹⁷.

Ainda sobre a possibilidade de se rever as decisões do conselho de sentença, defende Frederico Marques:

Soberania dos veredictos' é uma expressão técnico-jurídica que deve ser definida segundo a ciência dogmática do processo penal e não de acordo com uma exegese de lastro filológico, alimentada em esclarecimentos vagos de dicionários. (...) O problema situa-se, assim, no campo da competência funcional. Sobre a existência de crime e responsabilidade do réu, só o júri pode pronunciar-se, o que faz por veredictos soberanos. Sobre a aplicação da pena, decide, não soberanamente, o juiz que preside o júri²¹⁸.

Em que pese Guilherme Nucci pontuar que, respondendo afirmativamente ao quesito genérico absolutório, resta impossível se aferir a razão do veredito absolutório, podendo ter o conselho de sentença absolvido o réu “por pura clemência, sem apego a qualquer das teses defensivas”, o que tornaria o veredito efetivamente soberano neste caso, impossibilitando juízes e tribunais togados de “imiscuir-se no mérito da solução de absolvição”²¹⁹, compreende o magistrado, mesmo que de forma muito restrita, pela possibilidade da apelação de sentença absolutória do júri, quando esta for manifestamente contrária à prova dos autos.

²¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.

²¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1977., v3. p. 239.

²¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 973.

Esta corrente, que hoje é majoritária, tendo como um dos apoiadores o jurista Guilherme Nucci, entende pela possibilidade de se apelar das decisões manifestamente contrária à prova dos autos, afirmando, porém, não ser qualquer decisão a permitir a anulação do julgamento, como por exemplo, quando os jurados optarem por uma das correntes de interpretação da prova, possíveis e existentes nos autos, não se tratando portanto de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, mas de efetiva interpretação da prova. Defende o Desembargador que se deve ter cautela na anulação das decisões do conselho de sentença, por se tratar de exceção à regra, pois esta somente ocorrerá quando se confrontar o veredito dos jurados com as provas colhidas e existentes nos autos e se concluir pela harmonia ou a sua desarmonia entre ambas²²⁰.

Referido posicionamento é verificado nos tribunais superiores, conforme julgamento da Terceira Seção do STJ, com relatoria do Habeas Corpus 313.251(RJ) do Ministro Joel Ilan Paciornik, o qual apontou que:

[...] a absolvição do réu pelos jurados, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o tribunal cassá-la quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão do conselho de sentença com as provas apresentadas em plenário²²¹.

Diante do silêncio da doutrina e da jurisprudência ante o grave problema existente nas apelações do júri, verifica-se que um posicionamento contrário a este vem lentamente crescendo, tanto por parte da doutrina como da jurisprudência²²², afirmando não ser possível a apelação de sentença absolutória do júri, por nítida afronta a soberania dos veredictos e da íntima convicção dos jurados. Por exemplo, Marrey, Franco e Stoco aduzem que o jurado, ao contrário do juiz togado, “julgam de acordo com seu livre convencimento, de modo que o voto pode ir além do afirmado e provado”²²³.

O grande problema da linha de raciocínio defendida por aqueles que entendem cabível a apelação de sentença absolutória manifestamente contrária à prova dos autos é o fator discricionariedade. Explica Aury Lopes:

²²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31., p. 484.

²²¹ STJ – HC n.º 313.251/RJ – Terceira Seção - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – julgado em: 28/02/2018. Publicado no Dje em: 27/03/2018. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860079322/habeas-corpus-hc-313251-rj-2014-0345586-7/inteiro-teor-860079325?ref=serp>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

²²² Cf. Notas de rodapé 4 e 5.

²²³ MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri*. 7 ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 148.

Ainda que não se queira reconhecer, esse conjunto de fatores cria uma situação ambígua, nebulosa, com amplo espaço de imprópria discricionariedade decisória por parte do tribunal *ad quem*, deixando as partes à mercê de um novo decisionismo, agora disfarçado. É elementar que sempre haverá um mínimo de provas, para qualquer lado que se queira olhar. E, para reduzir o problema, estão os princípios que regem as provas, especialmente o *in dubio pro reo*, a exigir, para condenar, que a prova deve ser robusta, com alto grau de verossimilhança. Do contrário, a absolvição se impõe²²⁴.

Na mesma linha, Joel Eliseu Galli afirma que o júri leigo toma suas decisões com base na íntima convicção, o que possibilita, nos seus dizeres, que o “dogmatismo ‘inflexível’ que orienta as decisões dos magistrados togados ceda lugar a uma empatia com a sorte e o destino do acusado, derivada, no mais das vezes, do aporte cultural-valorativo do Conselho de Sentença”²²⁵. O autor prossegue defendendo que tal empatia faz com que seja garantia individual do acusado ser julgado pelo tribunal popular, de modo a constituir “salvaguarda, capaz, inclusive, de gerar absolvição mesmo quando demonstradas, de forma patente, autoria e materialidade do delito”²²⁶.

Neste sentido, Andrey Borges de Mendonça defende que o jurado possui o poder de “absolver o acusado por qualquer causa imaginária, mesmo que não alegada pelas partes (clemência, por exemplo)”²²⁷. Pontua ainda que “na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o jurado absolver com base na íntima convicção”²²⁸, limite este que não mais subsiste após a minirreforma processual penal de 2008.

Eliete Costa Silva Jardim²²⁹ entende que “a quesitação não é mais lastreada nas teses defensivas”, podendo os jurados responder ao quesito genérico “de acordo com o senso de justiça”, “por causas supralegais e até mesmo por clemência ou por razões humanitárias”, alertando que, “no sistema de quesitação anterior”, essa possibilidade já existia, mas “muitas

²²⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1114.

²²⁵ GALLI, Joel Eliseu. A representatividade garantista do júri popular na raiz constitucional como forma de repulsa ao recurso da dúvida como fundamento da decisão de pronúncia. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-96/a-representatividade-garantista-do-juri-popular-na-raiz-constitucional-como-forma-de-repulsao-ao-recurso-da-duvida-como-fundamento-da-decisao-de-pronuncia/>>. Acesso 03 ago. 2020.

²²⁶ Id. 2020.

²²⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 118.

²²⁸ Id. 2008, p.118.

²²⁹ JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri. Absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecurribilidade. *R. Emerj.* vol. 18. n. 67. p. 13-31. Rio de Janeiro, jan.-fev. 2015, p. 16.

vezes o jurado era compelido a violar sua própria consciência, negando, por exemplo, a autoria, ainda quando dela convencido”.

Podemos citar o fato de que o princípio da soberania dos veredictos, o qual confere um caráter de imutabilidade, constituiria garantia do acusado, prevista no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, que só poderia encontrar limitações em face de normas que visassem igualmente garantir direitos de defesa e liberdade. Afinal, a soberania não é um fim em si mesmo. Cuida-se de uma decisão política do constituinte, outorgando poder supremo ao tribunal popular para julgar crimes dolosos contra a vida²³⁰.

A apelação acusatória fundada na decisão absolutória contrária e manifesta à prova dos autos violaria norma constitucional garantidora, o mesmo não se podendo dizer com relação ao recurso defensivo, pois que se inseriria no elenco de instrumentos jurídicos de uso exclusivo do acusado, como o uso de provas ilícitas para comprovar sua inocência, os embargos infringentes e de nulidade e a revisão criminal, a qual possibilita, inclusive, desconstituição de decisão prolatada pelo tribunal popular, quando em manifesto equívoco. Tais previsões não quebrariam a harmonia processual, nem a paridade de armas, vez que são instrumentos de garantia de direitos individuais de liberdade.

Esse é o ensinamento de Magalhães Noronha:

Em matéria de Justiça Criminal, não pode haver decisão intangível. Seria verdadeiramente monstruoso que uma decisão, fôsse lá qual fôsse, permanecesse intocável quando provas da inocência do condenado viessem demonstrar o erro cometido²³¹.

Iorio Forti²³² afirma que “não havendo fundamentação, não é possível saber como ou porque tal prova foi valorada ou excluída da valoração”, aduzindo também que “se a Constituição assegurou o sigilo das votações, excepcionando a regra da motivação das decisões judiciais, é porque quis permitir que os jurados tivessem a liberdade de julgar contra as provas”. Conclui o autor que “a possibilidade de absolvição não fundamentada integra o conteúdo garantístico da instituição”.

²³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 179.

²³¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971., p. 233.

²³² FORTI, Iorio Siqueira D’Alessandri. O Tribunal do Júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5.º, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. ano 3. vol. 3. p. 178-196. Rio de Janeiro, jan.-jun. 2009, semestral. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22172/16021>>. Acesso 03 ago. 2020, p. 188.

A mitigação da soberania dos veredictos *in favor rei* também é defendida por José Frederico Marques²³³, pois que entende o júri como “instituto destinado a tornar mais sólido e inquebrantável o direito individual de liberdade”, e a soberania “enquanto preceito para garantir a liberdade do réu”.

A soberania dos veredictos impediria a apelação de sentença absolutória do júri, mesmo que manifestamente contrária a prova dos autos, mas não de sentenças condenatórias, eis que nesta última esbarraria na íntima convicção, na plenitude de defesa, no *indubio pro reo*, além do fato de não haver no ordenamento processual penal o quesito genérico para condenação.

Têm-se como relevante o posicionamento, ainda mais restrito, do professor Geraldo Prado, acerca da impossibilidade e inadmissibilidade de interposição de qualquer recurso de mérito pelo órgão da acusação. Afirma que a existência do aspecto substancial do princípio do juiz natural, consistente “em considerar que a identidade física do juiz deve ser categoria jurídica deslocada do campo dos estudos relativos ao procedimento, para incorporar-se ao referido princípio, como espécie de subprincípio”²³⁴. Desta forma, somente o juiz que tem o contato com a prova produzida poderia prolatar sentença, representando a revisão da causa por um tribunal mero exercício de interpretação de textos, totalmente incompatível com a garantia do juiz natural, em seu caractere substancial.

A disciplina recursal deve ser entendida como garantia do acusado, em interpretação conforme à Constituição do processo penal, vez que o direito ao duplo grau de jurisdição, elevado ao nível de norma constitucional pelo Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e pelo Pacto de San José da Costa Rica, estabelecem a possibilidade de recorrer de sentença como direito do acusado, do condenado, não havendo que se falar em bilateralidade recursal, mas unilateralidade.

Para além disso que já foi alegado, parece que o requisito defendido por parte da doutrina e jurisprudência, que admite a apelação de sentença absolutória manifestamente contrária à prova dos autos, qual seja “o veredicto esteja em radical antagonismo com aquele que de modo indiscutível promane, em relação à *quaestilo facti*, da prova dos autos”²³⁵ é muito subjetivo, deixando o réu a um verdadeiro “interpretativismo judicial”, pois aquilo que é dissociado dos autos para um juiz pode não ser para outro.

²³³ MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997., p. 101/102.

²³⁴ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35-45.

²³⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1997., v. 4, p. 233.

Ao manter interpretação como ocorre na alínea “b”, do inciso III, do artigo 593, do Código de Processo Penal, permite-se que uma instância superior analise a decisão do júri, se ela é ou não manifestamente contrária à prova dos autos, sem sequer saber o motivo de terem decidido daquela determinada maneira, pois o voto é sigiloso e imotivado, violando assim de forma absurda a soberania do instituto. Tourinho Filho vai além, afirmando que “se os jurados julgam com a sua consciência, não faz sentido exigir devem eles ater-se às provas dos autos, ou não seriam soberanos os veredictos”²³⁶.

Nesse sentido, criticando a possibilidade de manipulação discursiva da formula manifestamente contrária à prova dos autos que afirma Aury e Badaró:

Tudo isso evidencia, uma vez mais, a problemática estrutura do júri brasileiro, pois não é efetiva a garantia constitucional do *indubio pro reo* contida na presunção constitucional de inocência. No tribunal do júri, o réu pode ser condenado a partir de uma prova frágil e ilhada no contexto probatório, e seu recurso não será admitido, mesmo com uma prova amplamente favorável à sua tese defensiva, pois a decisão dos jurados não é absolutamente desconectada da prova dos autos²³⁷.

Parece que com a sistemática do quesito genérico advindo da minirreforma processual de 2008, o que passou a ser vedado é a impossibilidade de utilização de recurso de apelação para impugnar sentença absolutória, fazendo salutar reconhecimento da soberania do júri. Adverte Aury Lopes²³⁸ que “A soberania das decisões do júri impede que o tribunal *ad quem* considere que os jurados não optaram, pela melhor decisão, entre as duas possíveis.”.

O critério adotado pela doutrina para conhecer de apelação de sentença do júri parece que não guarda acolhimento com o direito processual penal, pois, considerando que essencialmente o processo sempre possui um mínimo de duas versões antagônicas, quando um réu é condenado com base em provas frágeis, não se dá provimento a apelação condenatória contrária à prova dos autos, pois afirma-se que o júri acolheu uma dentre as diversas versões existentes, afastando, assim, de forma absurda, a aplicação do *indubio pro reo* e a presunção de inocência²³⁹. E o contrário também é verdadeiro, pois o réu absolvido, por uma das versões, mesmo que somente a dele, a soberania do júri fica adstrita ao decisionismo e interpretativismo do tribunal, negando a soberania dos veredictos.

²³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 33ª ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 465

²³⁷ LOPES JR., Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1268.

²³⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1113.

²³⁹ *Ibid.* p. 1114.

Confirma Aury Lopes a cegueira da doutrina e da jurisprudência para o grande problema vivenciado atualmente:

Importa-nos, mais do que apontar “soluções”, alertar para o problema, que sequer é ventilado, voltando a dizer, pelo senso comum teórico e jurisprudencial brasileiro. O que não se pode é continuar fazendo é fechar os olhos para o conflito entre a soberania do júri e a presunção de inocência do réu (sem falar na ampla defesa, devido processo, fundamentação das decisões etc.)²⁴⁰.

Novamente, verifica-se que há uma colisão de direitos fundamentais, porém, essa questão sequer é observada pelos tribunais e pela doutrina processual penal brasileira, demonstrando a relevância do tema para o direito. Reconhecido o problema, como de fato fizemos neste trabalho, analisando a possibilidade e fundamento constitucional de se apelar de sentença absolutória do júri, devemos demonstrar que não pode haver um tratamento reducionista com a matéria, como vem reiteradamente tratando os tribunais e a doutrina. Deve-se buscar uma solução para esse aparente conflito.

Uma análise constitucional da questão, realizando um estudo em torno do princípio da unidade da Constituição, pode estabelecer uma saída para o conflito. Diante de uma suposta hierarquia de direitos fundamentais, analisando uma precedência de valores relativos às pessoas sobre as concepções de índole moral, chegando-se à posição adotada pela Corte Constitucional alemã de ponderação de bens, tendo em vista o caso concreto, refutado uma prefixação de hierarquia precisa entre direitos individuais e outros constitucionalmente previstos, afirmando que a ponderação deve ser feita a partir das circunstâncias do caso penal concreto.

A árdua missão de interpretação constitucional é evidenciada por Gilmar Mendes²⁴¹, citando Canotilho, afirmando que o “‘método justo’, em direito constitucional, é um dos problemas mais controvertidos e difíceis”, sendo “um conjunto de métodos e de princípios, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência, confirmando o caráter unitário da atividade interpretativa”. E, posteriormente, continua, ao afirmar que:

É certo que pelo princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído pela própria Constituição²⁴².

²⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1116.

²⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 97.

²⁴² *Ibidem*, p. 114.

Considerando o princípio da unidade da Constituição, torna-se embaraçosa a questão do direito ou bem que há de prevalecer no caso de colisão autêntica de princípios. Portanto, qual seria a possibilidade de solução para o conflito entre o duplo grau de jurisdição e a soberania dos veredictos? Seria legítimo e constitucional o recurso de apelação de sentença absolutória do júri, manifestamente contrária à prova dos autos, mesmo que não se possa conhecer dos motivos que levaram o júri àquela decisão? Como saber se ela é de fato manifestamente contrária à prova?

Talvez seja necessário, como já afirmado acima, para resolver o problema do conflito, realizar uma análise de uma possível hierarquia de direitos e garantias individuais e fundamentais, mesmo diante do princípio da unidade da Constituição. Explica Gilmar Mendes:

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos²⁴³.

Parece que uma saída para enfrentar o conflito de normas seria a análise da ponderação de Alexy²⁴⁴, realizando-se em três planos, a saber: a intensidade da intervenção; importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e, a ponderação em sentido específico e estrito. Porém, não se quer encerrar a discussão objeto deste trabalho neste segundo capítulo, pois ainda há muito a ser estudado, tendo em visto que foram feitas as devidas análises dos princípios e regras da constituição na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; do princípio do duplo grau de jurisdição; e, por último da soberania do tribunal do júri, principalmente, focando no posicionamento da jurisprudência e doutrina em torno da apelação de sentença absolutória do júri.

No terceiro e último capítulo do trabalho, faremos uma análise da ponderação entre princípios para determinar a admissibilidade de recurso de apelação, estudando a teoria do sopesamento entre princípios constitucionais no processo penal, e por último, a ressignificação do conceito de plenitude de defesa, com a finalidade de se responder se haveria fundamento constitucional para se apelar de sentenças absolutórias do júri.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 343/344.

²⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 99/102.

3. DA PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS PARA DETERMINAR A ADMISSIBILIDADE DE RECURSO

Após já termos analisado a decisão do conselho de sentença, a apelação de sentença do tribunal do júri, os princípios do duplo grau de jurisdição e da soberania do tribunal do júri, neste terceiro e último capítulo do trabalho faremos uma análise da ponderação entre os princípios, calcado na teoria dos direitos fundamentais do professor Robert Alexy para que possamos analisar a possibilidade e admissibilidade do recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do tribunal do júri, em especial, a ponderação entre os princípios do duplo grau de jurisdição e a soberania dos veredictos, visto no capítulo anterior, com o propósito de verificar a possibilidade de haver recurso de apelação contra a decisão dos jurados.

Para tanto, no primeiro subcapítulo, analisaremos a teoria do sopesamento entre princípios constitucionais, como forma de resolvermos a colisão, e a finalidade de tentarmos encontrar uma solução, razoável e proporcional por meio desta técnica.

No subcapítulo seguinte estudaremos o sopesamento, porém, desta vez, no processo penal, para investigar a oportunidade de, havendo colisão de princípios, uma norma ser afastada em favor do acusado, barrando o recurso de apelação da acusação.

Por fim, no último subcapítulo, estudaremos uma ressignificação do conceito de plenitude de defesa para, posteriormente, fazer uma ponderação entre os princípios. Tais análises irão viabilizar à conclusão sobre a chance de haver recurso de apelação, tanto para a defesa como para acusação, contra a sentença absolutória do júri, considerando o princípio da plenitude de defesa.

3.1 Da teoria do sopesamento entre princípios constitucionais

No capítulo anterior fizemos um estudo minucioso sobre a estrutura da distinção entre princípios e regras na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, compreendendo toda forma de resolução do conflito existente. Contudo, uma análise mais aprofundada foi feita somente com relação ao conflito de regras.

Agora, neste primeiro subcapítulo, já tendo conhecimento da distinção de princípios e regras, pretende-se analisar o estudo da colisão entre princípios, na teoria de Robert Alexy, para

que então, por meio do sopesamento entre princípios, como forma de resolução da colisão, possa identificar qual deva ceder frente ao outro.

A colisão entre princípios²⁴⁵ possui forma de resolução amplamente diversa das regras, pois, enquanto nesta aplica-se uma cláusula de exceção ou então ela é declarada inválida, naquela, um dos princípios deve ceder frente ao outro quando estão em conflitos. A forma de se resolver esta colisão se dará através e conforme a dimensão de peso entre os princípios envolvidos, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Em que pese a utilização do sopesamento como forma de resolução da colisão, não significa que o princípio cedente vai ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção, como acontece com as regras. O que ocorre é que o conflito entre regras está na sua dimensão da validade, enquanto na colisão entre princípios encontra-se na dimensão do seu peso.

Explica Alexy:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência²⁴⁶.

O autor defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles. Para tanto a técnica do sopesamento é o mecanismo para encontrar uma solução razoável e proporcional quando ocorre uma colisão entre direitos fundamentais. Veja que o sopesamento surge como uma maneira de resolução dos interesses conflitantes. Sua tarefa é justamente definir qual dos princípios fundamentais colidentes, que deverão estar no mesmo nível, possui um maior peso no caso concreto a ser analisado, ferindo com menor gravidade o outro.

Trata-se da necessidade de estabelecimento de relações condicionadas de precedência, que, ao final, resultam na lei de colisão, em que se constroem determinações definitivas de dever

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 93.

²⁴⁶ Ibid. p. 93/94.

ser – tal qual regras jurídicas – que permitirão ao intérprete clareza na aplicação “ponderada” dos princípios contraditórios quando se verificarem certas condições²⁴⁷.

Sobre a lei da colisão, resume Fernando Acunha:

Noutros termos, pela lei de colisão, o exame dos princípios em jogo e da situação de aplicação permite que se encontre, indutivamente, uma regra jurídica que determina as condições por meio das quais um princípio terá precedência em relação a outro que lhe é contrário, regra essa que teria conteúdo generalizável, permitindo, portanto, que as situações futuras sejam racionalmente equacionadas pela aplicação dessa regra que é produto da operação da lei de colisão²⁴⁸.

Nas palavras de Simioni:

Veja-se que antes, esses conflitos eram apenas os conflitos da lei no tempo ou no espaço, os quais eram facilmente resolvidos. Agora, existem colisões, contradições e conflitos em vários níveis normativos. Os assim chamados casos difíceis são exemplos disso. Não raro acontecem situações nas quais a decisão jurídica não tem outra saída senão afastar a aplicação de um direito fundamental para poder garantir a aplicação de outro igualmente fundamental.

(...)

Essas colisões de preceitos fundamentais ou *hard cases* tornaram-se bastante comuns no contexto dos Estados Democráticos de Direito. E exatamente por esse motivo torna-se necessário repensar a velha distinção entre normas jurídicas e princípios gerais do direito e observar a proposta de Alexy em substituí-la por essa distinção entre, de um lado, os princípios como mandados de otimização que devem ser cumpridos na melhor medida possível e, de outro, as regras como determinações de tudo ou nada, que **OU SÃO** cumpridas integralmente ou são descumpridas²⁴⁹.

A colisão de princípios, por sua vez, permite que se fuja à lógica da invalidade, sendo resolvida pela aplicação da lei de colisão, na qual se determina que o princípio ganha maior peso na relação de precedência condicionada e que, por conseguinte, deve regular o fato²⁵⁰. A partir do princípio de maior peso (ou precedente) extrai-se uma regra que vai decidir a situação.

A máxima da proporcionalidade é verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim. A necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação. Quando se estiver diante de uma colisão entre

²⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁴⁸ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *Colisão de normas: Distinção entre ponderação e juízo de adequação*. Revista de Informação Legislativa. v. 51 n.º 203. jul./set. 2014. p. 167.

²⁴⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 281.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. op. cit., p. 95.

direitos fundamentais, primeiramente, utiliza-se da adequação do meio e, posteriormente, caso ainda não haja solução, utiliza-se da necessidade desse meio, para somente então, se ainda não solucionada a colisão é que se aplica a ponderação.

Isto porque, como já estudado no segundo capítulo, os princípios são mandamentos de otimização²⁵¹ em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade, exigência do sopesamento, advém justamente da relativização das possibilidades jurídicas, pois, princípios válidos são obrigatoriamente aplicáveis. Por isso a colisão entre princípios há de ser resolvida com a aplicação da máxima da proporcionalidade. Tendo em vista que princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível²⁵², dentre as possibilidades fáticas e jurídicas, após o sopesamento.

O processo de ponderação/sopesamento permitirá que, pelo estabelecimento das precedências condicionadas, à luz do caso, seja extraída uma regra jurídica²⁵³. Frisa-se que, ambos os princípios permanecem no ordenamento jurídico, devendo apenas ser escolhida a interpretação que lhes dê maior efetividade. Para esta aplicação, em caso de colisão, depende do sopesamento, ou seja, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

Explica Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas²⁵⁴.

O princípio da proporcionalidade possui três subprincípios ou máximas parciais, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ingo Wolfgang Sarlet foi criterioso ao distingui-los de forma didática:

O princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos (subcritérios ou subprincípios constitutivos, como prefere Gomes Canotilho): a) a adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio, muito embora, para alguns, para que seja atendido o

²⁵¹ Cf. p. 49.

²⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.588.

²⁵³ Ibid. p. 97.

²⁵⁴ Ibid. p. 118.

critério, bastaria que o poder público(mediante ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado; b) da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados); c) proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional²⁵⁵

Analisaremos cada um, iniciando-se pela adequação. Por adequação entende-se o meio utilizado para a persecução do fim desejado, significa utilizar-se do meio mais adequado para a persecução do fim desejado. Adequado no sentido de que seria o meio que conseguisse promover o fim almejado, não infringindo tanto o outro princípio como outros meios poderiam vir a infringir.

Sobre a adequação, alerta Simioni

Ocorre que, da adequação, quatro situações podem ocorrer: (a) o meio empregado para atingir a finalidade é adequado para a finalidade do princípio e não produz interferências em outro ou outros princípios; (b) o meio empregado para atingir a finalidade é adequado para a finalidade do princípio, mas produz interferências em outro ou outros princípios; (c) o meio empregado para atingir a finalidade não é adequado para a finalidade do princípio e não produz interferências em outros princípios; e (d) o meio empregado para atingir a finalidade não é adequado para a finalidade do princípio e ainda produz interferências em outro ou outros princípios²⁵⁶.

Colhemos desta situação apresentada pelo Professor Simioni que as situações “a”, “c”, e “d”, estão nesta primeira etapa da proporcionalidade resolvidas de modo racional, pois “a” pode ser julgado como meio correto por adequação, eis que adequado à satisfação das exigências do princípio e não interfere na satisfação das exigências do outro. Já em “c” e “d”, o meio deve ser julgado como incorreto por inadequação.

Em “b”, vejamos que o meio empregado até atinge a finalidade e é adequado, mas produz interferências em outros princípios, pois é inadequado para a finalidade deste último. Por isso à adequação, por si só, não permite que a sua decisão justifique o afastamento de um princípio, com base nesse juízo de adequação entre meios e fins. Ela apenas, e tão somente, permite que a

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 407.

²⁵⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 285.

decisão avalie os meios faticamente possíveis para cumprir com os objetivos de princípios jurídicos. Não sendo possíveis, colidindo com outros princípios, teremos uma não adequação, afastando este meio, substituindo por outro adequado. Não sendo possível a substituição do meio adequado, passaremos a necessidade do meio para atingir a finalidade jurídica exigida pelo princípio, com mínimo de interferência em outro.

Por necessidade, entende-se como a necessidade do meio utilizado. Significa que não há outro meio menos restritivo com um custo menor. Em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição, exame este que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim); e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados).

Sobre a necessidade, explica Simioni:

Se a máxima da adequação justifica o afastamento dos meios que afetam ou prejudicam a realização das finalidades exigidas por outros princípios, a máxima da necessidade razoável justifica o afastamento de princípios que colidirem com a necessidade de realização de outros princípios. A máxima da necessidade tem a ver, portanto, com a justificação do afastamento de princípios em situações de colisão com os meios necessários para a realização de outros princípios²⁵⁷.

Como vimos no juízo da adequação, se há outro meio faticamente possível, que não produz interferências em outros princípios, temos que esse meio é adequado. Porém, não sendo faticamente possível, surgirá a análise da necessidade, pois, para que se atinja a finalidade do princípio, os meios empregados devem ser otimizados de modo que cada um não interfira nas exigências dos demais.

Assim, o primeiro passo da necessidade seria realizar um meio termo, um juízo da necessidade, verificando a possibilidade de otimização dos meios em relação às finalidades dos princípios. Deve-se tentar estabelecer uma análise entre a satisfação total de um princípio e a violação total do outro princípio em situação de colisão, tentando garantir um equilíbrio entre os seus graus de satisfação.

²⁵⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 286.

Tal situação se verifica no judiciário nas ações envolvendo o fornecimento de medicamentos não cobertos pelo SUS, muitas vezes caríssimos e só realizados no exterior, tendo como fundamento o princípio do direito à saúde, e de outro lado, colidindo com o princípio do direito à vida. No entanto, há o comprometimento financeiro do Estado (todos) com esse gasto. Usando a necessidade, poderíamos questionar se seria necessário a realização do tratamento no exterior, ou então se não seria possível cumprir o princípio do direito à saúde utilizando um tratamento médico mais barato. Sendo possível esse equilíbrio, verifica-se que a necessidade permite uma graduação dos princípios que estão em colisão, eis que não é possível, por necessidade, realizar integralmente o grau máximo de cumprimento de ambos.

Sobre a adequação e a necessidade, Alexy²⁵⁸ esclarece que as máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência, contida na própria definição de princípio, de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas. Ou seja, com a máxima da adequação busca-se excluir meios inadequados e, com a máxima da necessidade escolhe-se o meio menos gravoso, aquele que intervenha de modo menos intenso do princípio²⁵⁹.

Portanto, sempre que ocorrerem colisões não solucionáveis pelo juízo de adequação, nem pela otimização do juízo da necessidade, a decisão jurídica não tem outra alternativa senão recorrer à ponderação para garantir a sua própria racionalidade, pois somente à luz da ponderação é que a decisão jurídica pode justificar racionalmente as condições de precedência, as quais justificam o afastamento da aplicação de um princípio para aplicação de outro²⁶⁰.

Na terceira etapa da máxima da proporcionalidade se encontra a proporcionalidade em sentido estrito. Busca-se aqui realizar uma verdadeira ponderação entre as diversas soluções jurídicas possíveis para um caso concreto. Como vimos, princípios exigem uma realização mais ampla possível, tanto das possibilidades fáticas como das possibilidades jurídicas, sendo que estas últimas são determinadas pelos princípios colidentes.

Explica Robert Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação:

²⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 588.

²⁵⁹ Ibid. p. 590.

²⁶⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 289.

Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento²⁶¹.

A ponderação já existe há muito tempo, tanto que à época da jurisprudência dos interesses, ponderava-se interesses, assim como na jurisprudência dos valores, ponderava-se valores ou fazia-se a ponderação axiológica, por meio da qual sopesavam-se valores opostos para estabelecerem-se juízos de preferência.

No entanto, há uma diferença entre essas ponderações e a de Alexy, assim explicada por Simioni:

A diferença entre essas ponderações e a de Alexy é que, aqui, a ponderação é uma ponderação de princípios, uma ponderação que visa justificar a preferência às exigências de um princípio em detrimento das exigências de outro ou outros princípios. A ponderação estabelece um juízo de precedência sobre a aplicação de um princípio jurídico em detrimento de outro contraditório que, sem a ponderação, seria igualmente aplicável e levaria a resultados diferentes. A ponderação visa criar uma diferença entre os pesos dos princípios que se encontram em estado de colisão, de modo a se justificar racionalmente a preferência por um e não por outro²⁶².

Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos:

- 1) definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios;
- 2) definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto;
- 3) realizar a ponderação em sentido específico, ou seja, se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro²⁶³.

Em outros termos, trata-se de apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar. Nas palavras de Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei do sopesamento estabelece que "quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro"²⁶⁴. Percebe-se que, de acordo com o demonstrado, a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto

²⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 588., p. 593/594.

²⁶² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 290.

²⁶³ ALEXY, Robert. op. cit., p. 594.

²⁶⁴ Ibid. 2003. p. 136.

fático do princípio precedente, ou por outra, que os princípios não têm relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Logo, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa.

Dada uma colisão entre direitos fundamentais, o intérprete deverá utilizar o princípio da proporcionalidade para tentar harmonizar os bens, os valores e os interesses envolvidos no caso concreto. Diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto, deverá se buscar uma relação de precedência condicionada, e não absoluta. Assim, os interesses conflitantes, que aparentemente têm o mesmo nível, terão pesos diferentes no caso concreto.

Vale dizer, ainda, que falar do princípio da proporcionalidade é falar também de restrições aos direitos fundamentais. Com efeito, o postulado da proporcionalidade é ao mesmo tempo critério de ponderação para resolver conflitos aparentes entre princípios, sendo limite à restringibilidade de direito fundamental. Aplica-se, portanto, tanto ao poder Legislativo, quanto ao poder Judiciário.

Analisada a teoria do sopesamento, especificamente entre princípios constitucionais, podemos, agora, entender a colisão de princípios que se chega no presente trabalho, sendo o problema da pesquisa. Faz-se necessário analisarmos os dois princípios em questão, a soberania dos veredictos e o duplo grau de jurisdição, para que, após aplicarmos a teoria de Alexy chegarmos na resposta do problema da pesquisa, ou seja, se há a possibilidade de aviar recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do tribunal do júri.

Para isso, analisaremos no próximo subcapítulo o sopesamento no processo penal, para pesquisar a existência de outros argumentos que possam influenciar na ponderação dos princípios, e por fim, no último subcapítulo, refletir sobre o conceito do princípio da plenitude de defesa.

3.2 Do sopesamento no processo penal

No subcapítulo anterior analisamos a teoria do sopesamento entre princípios constitucionais de Alexy, verificando-a como técnica de resolução de colisão entre princípios fundamentais, aplicando a ponderação como forma de averiguar qual princípio constitucional deveria ceder frente ao outro em caso de colisão.

Diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto a ser analisado, o que se deverá buscar no sopesamento é uma relação de precedência condicionada, e não absoluta, pois os interesses conflitantes, que aparentemente têm o mesmo nível, terão pesos diferentes no caso concreto. Frisa-se que falar em princípio da proporcionalidade é falar, também, de restrições aos direitos fundamentais. Contudo, no processo penal, para além de tratarmos da colisão de princípios de direitos fundamentais, deve-se considerar a existência do princípio da presunção de inocência, bem como do subprincípio e da máxima do processo penal, *in dubio pro reo*, os quais são argumentos no sopesamento.

Sabemos que no processo penal o uso da proporcionalidade é amplo, sendo estudado como um princípio que norteia a relação lesão-razão-punição, servindo como argumento que pode ou não justificar racionalmente a interpretação jurídica, servindo como garantia dos direitos fundamentais²⁶⁵. Além disso, há regras de sistema no processo penal que consideram norma de julgamento qualquer dúvida, teórica ou fática, que deve ser resolvida em favor do acusado, afastando a aplicação de outras contrárias a ela.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual tornou o processo penal constitucional, não há possibilidade de se ficar alheio ao devido processo legal substancial²⁶⁶, ainda mais com os comandos expressos de manejo, como por exemplo o artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal. A sua aplicabilidade é reconhecida pelo STF no julgamento do HC 94.016²⁶⁷, trazendo a sua essência mínima de requisitos. A máxima ampliação das garantias contra o arbítrio do Estado é decorrente da uma interpretação correta do devido processo legal substancial.

²⁶⁵ LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves. GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. A Proporcionalidade como Método de Controle da Decisão Penal – Parte 1: O Problema da Estrutura Normativa Entre Regras e Princípios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 127, 2017. p. 03/04.

²⁶⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ªed. Florianópolis: EMais, 2019. p. 313/314.

²⁶⁷“O **exame** da garantia constitucional do “*due process of law*” **permite nela identificar** alguns elementos essenciais à sua própria configuração, **destacando-se**, dentre eles, por sua inquestionável importância, **as seguintes prerrogativas**: (a) **direito** ao processo (**garantia** de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, **sem** dilações indevidas; (d) **direito** ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) **direito de não ser** processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) **direito** à igualdade entre as partes; (g) **direito** de **não** ser processado **com fundamento** em provas **revestidas** de ilicitude; (h) **direito** ao benefício da gratuidade; (i) **direito** à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito** ao silêncio (**privilégio** contra a auto-incriminação); (l) **direito à prova**; e (m) **direito** de presença e de “*participação ativa*” nos atos de interrogatório judicial **dos demais** litisconsortes penais passivos, **quando existentes**.”. In: *STF – HC 94.016* Rel.: Min. Celso de Mello - Publicado no DJe em 07/04/2008. p.3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em 20 jan. 2021.

Hodiernamente verifica-se que há um processo penal constitucional com o devido processo legal substancial ao menos no papel. Como exemplificado acima, da leitura do artigo 282 do Código de Processo Penal tem-se uma grande demonstração do quanto a proporcionalidade está presente, eis que em todas as medidas cautelares - destaca-se a prisão preventiva, a qual somente poderá ser decretada em último caso - deverão seguir os critérios de necessidade e adequação da medida. Essa restrição à prisão preventiva é decorrência do princípio da presunção de inocência, vez que somente quando for estritamente necessário é que se poderá restringir a liberdade individual de quem ainda não é culpado²⁶⁸.

Explica Alexandre Morais da Rosa:

Para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No Processo Penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de Direitos Fundamentais²⁶⁹.

Observa-se o ponto de partida do professor Alexandre Morais, em que no processo penal a proporcionalidade deve sempre ser favorável ao acusado, como forma de ampliação das esferas individuais, nunca contrárias ao indivíduo, ou seja, nunca tendo o coletivo como destinatário. É saber, no processo penal a dúvida sempre será resolvida em favor do indivíduo, não havendo como aplicar a proporcionalidade em favor do coletivo, em favor do Estado. Além disso, deve-se ter atenção com a proporcionalidade e os direitos fundamentais no processo penal.

Não se pode, todavia, cair-se na armadilha da ponderação de princípios, dado que de modo selvagem como é, em geral invocado, trata-se de mero recurso retórico. Devemos superar a retórica da ponderação: Eu pondero; você pondera; ele pondera. Nós, não conversamos; eu decido como quero, disfarçando motivação adequada. O ilusionismo da ponderação sem limites semânticos gera uma leitura decisionista de cada contexto. A ponderação conforme acolhida, pressupõe uma linha argumentativa dentro da perspectiva da teoria da derrotabilidade. Assim é que a utilização da proporcionalidade, na via do devido processo legal substancial, não pode acontecer contra o sujeito, nem de

²⁶⁸ NETO, José de Assis Santiago; MELLO, Kamilla Faria. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CRISE EXISTENCIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: a liquidez de um princípio pétreo para o processo penal democrático. In: PINTO, Felipe Martins (org.). *Presunção de Inocência*. Estudos em homenagem ao professor Eros Grau. 2º tiragem. Belo Horizonte, Ed.: Instituto dos advogados de Minas Gerais, 2020, p. 168. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Presuncao_de_Inocencia.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

²⁶⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ªed. Florianópolis: EMais, 2019. p. 315.

qualquer modo, constituindo-se um equívoco grave da proporcionalidade pelo Estado, embora corriqueiro, especialmente no domínio da prova ilícita. O Estado cria as regras proibitivas, as normas processuais e depois ainda quer flexibilizar em seu favor o sentido? Não deveria poder, justamente porque a proporcionalidade serve exclusivamente em favor do sujeito²⁷⁰

O processo penal substancial, constitucional, exige uma interpretação cautelosa da ponderação, isto é, o sopesamento no processo penal sempre deve levar em consideração o indivíduo, detentor do direito fundamental, e não o Estado, a coletividade. De qualquer forma, no processo penal, para aplicação do princípio da proporcionalidade também se exigirá a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, assim como na máxima da proporcionalidade de Alexy.

Por necessidade, entende-se a partir da intervenção mínima do Estado na esfera do indivíduo, prestigiando a alternativa menos gravosa e que viole menos os direitos fundamentais, principalmente a liberdade, como no caso das cautelares, conforme artigo 282 do Código de Processo Penal.

A adequação seria a relação de meio e fim da medida. O meio utilizado deve ser adequado ao fim que será almejado. Por isso não é adequado deixar alguém preso preventivamente se, ao final do processo, a pena prevista pelo delito perseguido não comporta prisão pena, podendo ser inclusive substituída.

E por último, temos a proporcionalidade em sentido estrito, a qual atrela-se a uma média da conduta imposta pelo Estado, ou seja, qual o custo-benefício da medida que se utilizou sobre os princípios colocados em jogo²⁷¹.

Devemos tomar por base os ensinamentos do professor Alexandre Morais para que possamos realizar um sopesamento no processo penal, não apenas levando-se em consideração os princípios em jogo, mas toda a regra da proporcionalidade do processo penal para que se possa aplica-lo respeitando o indivíduo, detentor dos direitos fundamentais.

No processo penal e no direito penal a prevalência dos direitos fundamentais é importante, justamente para impedir que juízos de valores sejam feitos em favor do Estado, pois estaria ocorrendo uma inversão da lógica do Estado Democrático de Direito. Afirma Morais da

²⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ªed. Florianópolis: EMais, 2019. p. 315.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 315.

Rosa²⁷² que não se pode, em nome da segurança coletiva, flexionar os direitos fundamentais. Afinal qualquer discurso de prevalência do interesse público sobre o individual, excluindo ou flexionando garantias, será mera manipulação das premissas democráticas.

O fundamento que norteia a prevalência dos direitos fundamentais do indivíduo, tem como propósito ser o freio do poder punitivo estatal. A exemplo do princípio da presunção de inocência, o qual é um impeditivo de juízos de valores em favor da coletividade, que deve ser utilizado como argumento na ponderação de princípios no caso concreto. O destinatário dos direitos fundamentais deve ser levado como argumento de racionalidade na ponderação para se chegar à decisão jurídica correta no processo penal.

Não se pode esquecer que no processo penal há uma regra de sistema, sendo o princípio basilar do direito processual penal. a presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a qual considera e decorre uma norma de julgamento de que qualquer dúvida que seja, teórica ou fática, deve ser afastada em favor do acusado (*in dubio pro reo*), eis que, pelo princípio da inocência todos são presumidamente inocentes.

A decisão jurídica que irá analisar a colisão de princípios deve ter a racionalidade que no processo penal leva-se em consideração a presunção de inocência como um peso na ponderação, pois, repita-se, no processo penal, o destinatário dos direitos fundamentais é um argumento no sopesamento.

Sobre a racionalidade da ponderação na decisão jurídica, assim explica Simioni:

Uma forte crítica que é feita à ponderação é que essa operação, muitas vezes, fica submetida ao arbítrio de quem a realiza. O próprio Alexy enfatiza que *'la ponderación no es un procedimiento que, em cada caso, conduzca exatamente a um resultado'*.

(...)

A ponderação seria apenas uma regra capaz de produzir argumentos, mas não o argumento correto. A ponderação não garante o ideal da única decisão jurídica correta. Entretanto, a ponderação oportuniza um modelo de fundamentação racional. Isso porque a determinação de um enunciado de preferência, quer dizer, a determinação dos motivos pelos quais, no caso concreto, um princípio deve preponderar sobre o outro, possibilita tanto um controle crítico quanto um controle lógico da decisão. A exigência de racionalidade nessa fundamentação do enunciado de preferência garante, então, a racionalidade da ponderação. Alexy utiliza uma justificação circular aqui: *'uma ponderação é racional se ela conduz a um enunciado de preferência capaz de ser fundamentado racionalmente'*. Quer dizer, a ponderação é racional se for racional a sua

²⁷²ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ªed. Florianópolis: EMais, 2019. p. 316.

fundamentação. De modo que a racionalidade da fundamentação é o que garante a racionalidade da ponderação²⁷³.

Como visto, o princípio da presunção de inocência deriva-se dois subprincípios: o de tratamento “ninguém será considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado”; e, de regra probatória ou de juízo “*in dubio pro reo*”, a qual é confirmado no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (não existir prova suficiente para a condenação).

Verifica-se, portanto, que na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer, pois este princípio mitiga, em parte, o princípio da isonomia processual, o que se justifica em razão do direito à liberdade envolvido - e dos riscos advindos de eventual condenação equivocada -. Na ordem internacional, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, no seu artigo 66, enfatiza a regra do *in dubio pro reo*, bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º.

Sobre presunção de inocência, assim enfatiza Gustavo Badaró:

A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar o princípio, é como garantia política do cidadão. O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana²⁷⁴.

A regra do sistema processual penal, decorrente da presunção de inocência, revestida no *in dubio pro reo*, que determina como norma de julgamento que toda dúvida, teórica ou fática, deve ser dirimida em favor do réu, há de ser levada a cabo no sopesamento dos princípios, quando da aplicação da máxima da proporcionalidade, como argumento de racionalidade, além do fato de o indivíduo ser o detentor e destinatário final dos direitos fundamentais, e não o Estado, a coletividade.

A propósito, explica Aury Lopes Jr.:

O *in dubio pro reo* é uma manifestação da presunção de inocência enquanto regra probatória e também como regra para o juiz, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso

²⁷³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 304/305.

²⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 70.

prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõe. E essa opção também é fruto de determinada escolha no tema da gestão do erro judiciário: na dúvida, preferimos absolver o responsável do que condenar um inocente.

Portanto, ao consagrar a presunção de inocência e seu subprincípio *in dubio pro reo*, a Constituição e a Convenção Americana sinalizam claramente a adoção do *standard* probatório de “além da dúvida razoável”, que somente se preenchido autoriza um juízo condenatório²⁷⁵.

A vontade deliberada de condenar não pode inverter a lógica do processo penal democrático, que é a presunção de inocência. Por isso referido regramento possui peso de racionalidade na da ponderação de princípios em colisão no processo penal. Não é outro o ensinamento do professor Alexandre Morais da Rosa sobre o princípio do *in dubio pro reo*:

A única presunção normativa prevista é a do *in dubio pro reo*, ou seja, em caso de dúvida, prevalece a tese defensiva. Entretanto, com a onda de punitivismo, bem assim a lógica de recrudescimento, cada vez mais o mantra silencioso do ‘*in dubio pro hell*’, tomou o lugar de protagonismo. A presunção de inocência como regra de tratamento, probatória e de juízo, cada vez mais sofre as vicissitudes de invencionices, como a inversão do (errado, já que é carga) ‘ônus probatório’, da criação de obrigações probatórias diabólicas.

Daí que a vontade deliberada de condenar inverte a lógica de processo penal democrático, segundo a qual o acusado será ainda julgado, partindo-se da condenação preliminar que poderá ser desfeita pela defesa, em trabalho árduo. Isso se constitui como uma fraude democrática, presente, todavia, no cotidiano forense, na modalidade de falácias²⁷⁶.

Diante disso e analisando o problema da presente pesquisa, o qual é verificar a possibilidade de se aviar recurso de apelação contra sentenças absolutórias do júri, chegamos à conclusão que há uma colisão de princípios de direitos fundamentais. E para que possamos responder à pergunta da pesquisa, afirmando ou negando a possibilidade do recurso de apelação, necessário se faz um sopesamento dos princípios em colisão para sabermos qual deles irá preponderar sobre o outro.

Como argumento de racionalidade na ponderação de princípios no processo penal, devemos utilizar como fundamento de peso no sopesamento o princípio da presunção de inocência, do qual decorre do subprincípio do *in dubio pro reo*, ou seja, qualquer dúvida teórica ou fática no processo penal deve ser dirimida em favor do indivíduo acusado e nunca em favor do Estado. Outro fator de peso a ser utilizado na racionalidade da ponderação é o fato de que os

²⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 397/398.

²⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ªed. Florianópolis: EMais, 2019. p. 763.

princípios de direito fundamental possuem como destinatário o indivíduo, o cidadão, e não a coletividade, o Estado.

No processo penal, por tratar da liberdade do indivíduo, a prevalência dos direitos fundamentais em favor do cidadão é importante, justamente para impedir que juízos de valores sejam feitos em favor do Estado, sob pena de violar o Estado Democrático de Direito e do cidadão ter que provar a sua inocência e não o contrário. Por isso Aury Lopes Jr.²⁷⁷ afirma que a defesa não possui qualquer carga ou ônus probatório no processo penal, sendo o ônus totalmente do Estado, isto é, da acusação.

Frisa-se que no sopesamento realizado no âmbito do processo penal não se pode em nome da segurança coletiva flexionar os direitos fundamentais, com a prevalência do interesse público sobre o individual, excluindo ou flexionando as garantias individuais fundamentais, pois estar-se-ia esvaziando as premissas do Estado Democrático de Direito.

Relembrando o segundo capítulo do trabalho, o tribunal do júri possui previsão e garantias constitucionais, garantia esta que é a soberania dos veredictos dos jurados como direito fundamental e cláusula pétrea. Este é o princípio a ser sopesado, pois a sentença absolutória do júri decorre da soberania dos jurados.

Por outro lado, havendo uma sentença absolutória do tribunal do júri, com base no quesito obrigatório e genérico: “o jurado absolve o réu?”; inconformado com a decisão, o Estado, leia-se acusação, pode interpor recurso de apelação contra essa sentença absolutória - há previsão legal para o recurso (CPP, art. 593, III, “d”) -, embasado no princípio do duplo grau de jurisdição, sob o fundamento de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. Portanto, o duplo grau de jurisdição será o outro recurso a ser sopesado.

No segundo capítulo foi estudado o nível em que se encontra os princípios em colisão. De um lado está a soberania dos veredictos do júri, o qual trata-se de um direito fundamental do indivíduo contra o Estado, com todas as características já vistas acima e no subcapítulo 2.3. O outro princípio em análise, o duplo grau de jurisdição, foi abordado no subcapítulo 2.2, o qual também é um direito do indivíduo contra o Estado.

O fundamento do recurso de apelação é o princípio do duplo grau de jurisdição que, no Brasil, quando da ratificação da convenção de direitos humanos, nos moldes do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, tornou-o princípio constitucional. Todavia, a Convenção Americana de

²⁷⁷ Cf. nota n.º 266.

Direitos Humanos ingressou no sistema jurídico interno com *status* “supralegal”, ou seja, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal²⁷⁸.

Em uma primeira análise dessa explanação, o primeiro apontamento a ser feito é de que o direito de recurso de apelação, com fundamento no princípio do duplo grau de jurisdição, é um direito fundamental. O recurso de apelação, enquanto direito do réu, dúvidas não há que, por ser decorrente de uma convenção de direitos humanos, trata-se de uma garantia do indivíduo contra o Estado e não o contrário. A ressalva há de ser feita justamente quando o Estado, acusação, Ministério Público, pretender utilizar do duplo grau de jurisdição contra o próprio indivíduo, interpondo recurso de apelação contra a sentença absolutória do tribunal do júri com base no quesito genérico de absolvição, sob o fundamento de que a decisão soberana do júri é manifestamente contrária à prova dos autos.

Insta salientar que há uma corrente minoritária a qual afirma existir proibição de duplo julgamento pelo Estado e limitação recursal da acusação, principalmente em sentenças absolutórias do júri, como bem explica o professor Alexandre Morais da Rosa:

Diante da cláusula do devido processo legal, que proíbe duplo julgamento, defende-se, por corrente ainda minoritária, a impossibilidade de recurso da acusação nos casos de absolvição em primeiro grau, justamente porque o direito ao recurso não é do Estado (jogador de acusação) e sim do acusado. Nesse sentido, Nereu Giacomolli aponta, com base nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH, casos Wild, Ooms e Versyp vs. Áustria e Rakevick vs Rússia), que “*o recurso de uma sentença penal absolutória encontra base convencional para ser abolido, ou restringido*”. Daí que das sentenças absolutórias não seria cabível recurso voluntário por parte do Estado, dada a cláusula do duplo julgamento, especialmente no Tribunal do Júri²⁷⁹.

Além do princípio ao duplo grau de jurisdição ser um direito do indivíduo e não do Estado, o qual é um jogador no processo penal, o que já é um argumento de racionalidade e peso no sopesamento, também há uma corrente minoritária que defende, principalmente no júri, a impossibilidade de recurso contra as sentenças absolutórias. Ao concordarmos com a apelação contra as sentenças absolutórias do júri, o princípio do duplo grau de jurisdição estará sendo utilizado de forma inversa, ou seja, o Estado estará utilizando do princípio contra o próprio indivíduo que é o destinatário do direito para se afastar esse direito fundamental dele.

²⁷⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 1043.

²⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ªed. Florianópolis: EMais, 2019., p. 806.

A admissão de apelação contra as decisões absolutórias do júri trata-se de uma inversão da prevalência dos direitos fundamentais, os quais deveriam justamente impedir que juízos de valores sejam feitos em favor do Estado, havendo uma inversão da lógica do Estado Democrático de Direito. O recurso de apelação da acusação contra a sentença absolutória flexiona os direitos fundamentais, na medida que há prevalência do interesse público sobre o individual, exterminando as premissas democráticas.

Outro argumento a ser utilizado no sopesamento é o fato de que o tribunal do júri possui previsão constitucional, com a garantia inerente a ele, o princípio da soberania dos veredictos, o qual é um direito individual fundamental previsto em cláusula pétrea, com peso constitucional, enquanto o princípio do duplo grau de jurisdição possui *status* supralegal, com previsão acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição.

Um terceiro argumento a ser sopesado é o princípio da presunção de inocência no processo penal, do qual decorre o subprincípio legal do *in dubio pro reo*, traduzindo a máxima basilar do direito processual penal de que qualquer dúvida, teórica ou fática, deve ser dirimida em favor do indivíduo acusado, e nunca em favor do Estado.

Desta forma, quando o jurado é indagado pelo magistrado se absolve o réu, a ele é dado apenas duas opções: SIM ou NÃO, não se questionando o fundamento, as razões de decidir do júri, pois pode o conselho de sentença decidir por qualquer motivo, inclusive por piedade, comiseração, perdão ou outra causa supralegal. Assim, em sendo positiva a resposta ao quesito obrigatório e genérico da absolvição, trata-se de uma medida imperativa, por razões desconhecidas, eis que há dúvidas e se desconhece dos motivos que levaram os jurados a absolverem o acusado, ante o princípio da íntima convicção.

Contudo, há previsão legal de à acusação aviar recurso de apelação contra a sentença absolutória do júri, sob o fundamento de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, havendo a colisão dos princípios. Porém, como dito, há dúvidas sob o motivo que levou os jurados a decidir pela absolvição do acusado, não se podendo afirmar que ela é contrária à prova dos autos porque não se conhece das razões de decidir do conselho de sentença.

Explica Guilherme Nucci:

São princípios consequenciais da presunção de inocência: prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo, favor rei, favor innocentiae, favor libertatis*) e imunidade à autoacusação: o primeiro significa que, em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o

juiz decidir em favor do acusado. Aliás, pode-se dizer que, se todos os seres humanos nascem em estado de inocência, a exceção a essa regra é a culpa, razão pela qual o ônus da prova é do Estado-acusação. Por isso, quando houver dúvida no espírito do julgador, é imperativo prevalecer o interesse do indivíduo, em detrimento da sociedade ou do Estado. Exemplo: absolve-se quando não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, VII, CPP)²⁸⁰.

Como a dúvida no processo penal deve ser dirimida em favor do réu, ao admitirmos a apelação da acusação contra as sentenças absolutórias do júri, além de se afastar o princípio da soberania dos veredictos, também se estará afastando o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Para satisfazer o princípio do duplo grau de jurisdição, aplicando-o contra o próprio destinatário dele, é necessário afastar a aplicação de dois princípios fundamentais, causando enorme interferência de um ao outro, o que se torna inviável no sopesamento.

À luz da máxima da proporcionalidade, por necessidade deve-se analisar a intervenção mínima do Estado na esfera do indivíduo, prestigiando a alternativa menos gravosa e que não viole direito fundamental. O recurso de apelação contra a sentença absolutória do júri viola os direitos fundamentais do indivíduo, sobretudo a soberania dos veredictos, a liberdade, a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, havendo muito mais interferência do que se o duplo grau de jurisdição cedesse frente aos outros.

Adequação seria a relação de meio e fim da medida a ser utilizada, é saber: seria adequado a apelação contra a decisão absolutória do júri? É necessário que o meio utilizado deve ser adequado ao fim que será almejado. Desta forma, não nos parece adequado abrir mão e ceder de vários princípios - inclusive de direito fundamental, visando a proteção do indivíduo contra o Estado -, para aplicar o duplo grau de jurisdição em favor do Estado e contra o indivíduo.

E por último, no tocante a proporcionalidade em sentido estrito, que seria o custo-benefício da medida que se utilizou, referentes aos princípios colocados em jogo, verifica-se que não nos parece proporcional ceder/afastar princípios de direito fundamental do indivíduo (soberania dos veredictos e presunção de inocência), além do *in dubio pro reo*, para o também princípio que é destinado ao indivíduo contra o Estado (duplo grau de jurisdição), afinal pode ser usado pelo Estado contra o cidadão, em favor da coletividade. Ademais, lembrando, no processo penal não há que se falar em proporcionalidade em favor do Estado e contra o indivíduo.

²⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 153.

Desta forma, chegamos à conclusão de que não há nenhum custo benefício, eis que, como já dito, para admitir recurso de apelação contra sentença absolutória do júri estar-se-ia invertendo a lógica do Estado Democrático de Direito, pagando-se um preço muito caro que é abrir mão dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo contra o Estado.

3.3 Da resignificação do conceito de plenitude de defesa

A proposta deste capítulo é analisar a ponderação entre princípios para determinar a admissibilidade de recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do júri. Neste subcapítulo iremos analisar o princípio da plenitude de defesa, levando-se em consideração todos os argumentos que foram estudados até agora, para que possamos resignificar o conceito, pobre e vago, de que plenitude de defesa seria sinônimo de um “vale alegar tudo em favor do réu”, para demonstrar que a sua amplitude e aplicação vai além de um “vale tudo”, para justificar o porquê não cabe recurso contra sentenças absolutórias do júri, bem como único fundamento a permitir de se recorrer de sentenças do júri.

A plenitude de defesa é garantia constitucional do júri, com previsão no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal. No mesmo artigo, no inciso LV, há previsão da ampla defesa. Ao tratarmos de ambas, entende-se de maneira vaga que estas não se confundem, pois a primeira é mais abrangente que a segunda, sendo que enquanto aquela é exercida no tribunal do júri, prevendo a possibilidade de se utilizar todos os meios de defesa possíveis em favor do réu, a ampla defesa é exercida nos processos judiciais e administrativos, compreendendo a defesa pessoal e técnica.

Para irmos além deste conceito fechado, módico e simplório, devemos começar pela origem. Por ampla defesa, conceitua Nucci:

Significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal²⁸¹.

²⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 154.

Devemos, no entanto, aprofundar as razões e motivos para o legislador ter inserido na Constituição Federal a ampla defesa, e além dela, inserido uma garantia do júri, que é a plenitude de defesa. Sabemos que a ampla defesa possui previsão constitucional e determina que seja assegurada a todos no âmbito dos processos judiciais ou administrativos. No entanto, no processo penal possui aplicação significativa e analítica²⁸².

A ampla defesa está diretamente ligada ao princípio do contraditório. Garantindo no âmbito dos processos em geral, que tenham os meios necessários para sua defesa, a saber: tomar ciência do que contra é alegado; manifestar, sempre ao final, sobre as alegações da acusação; produzir e requerer provas; e, ser ouvido, por último, antes do se julgamento. Dessa forma, o Estado pode sustentar suas acusações e o réu pode se defender, com a possibilidade de apontar e requerer provas de suas alegações de inocência e, inclusive, apresentar recursos às decisões que lhe forem contrárias.

O objetivo da ampla defesa é colocar a defesa em um patamar superior ao do Estado, fornecendo as condições necessárias para que as partes possam ter um diálogo efetivamente equitativo ao longo do processo e, a partir disso, ao proferir a sentença, o juiz decida, imparcialmente e de forma equidistante das partes, eis que o Ministério Público é parte²⁸³ no processo penal, a causa de acordo com as provas apresentadas.

Pode até parecer mera repetição do legislador a previsão do direito de defesa em dois incisos do artigo 5º da Constituição Federal, eis que há operadores do direito que chegam a afirmar que possuem o mesmo significado. Por isso, oportuna é a lição do professor Guilherme de Souza Nucci sobre o assunto:

Vozes poderão surgir para sustentar o seguinte ponto de vista: o legislador constituinte simplesmente repetiu os princípios gerais da instituição do Júri, previstos na Constituição de 1946. Em razão disso, por puro descuido ou somente para ratificar uma ideia, acabou constando a duplicidade. Não nos soa correta a equiparação, até pelo fato de que o estabelecimento da diferença entre ambas as garantias somente é benefício ao acusado, com particular ênfase, em processos criminais no Tribunal Popular²⁸⁴.

Tal fato ocorre porque o Estado é superior ao indivíduo, pois possui inúmeras possibilidades e recursos para prosseguir com suas premissas contra o cidadão. Por isso o réu,

²⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 546/457.

²⁸³ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ªed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 223.

²⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 25.

parte hipossuficiente na relação jurídica, deve possuir um tratamento diferenciado, valendo-se de diversos mecanismos de defesa contra a persecução penal do estado. Além da ampla defesa que tem previsão nos processos em geral, em especial, no processo penal, quis o legislador acrescentar nos direitos e garantias fundamentais o princípio fundamental da plenitude de defesa, como garantia inerente ao tribunal do júri.

Sobre a sua origem, fundamento e conceito, o Ministro Alexandre de Moraes²⁸⁵ afirma que a plenitude de defesa se encontra dentro do princípio maior da ampla defesa, aduzindo, ao citar Pontes de Miranda, que nela ainda se inclui o fato de serem os jurados tirados de várias classes sociais.

Renato Brasileiro de Lima afirma ser a plenitude de defesa a primeira garantia constitucional do júri, a qual implica um exercício da defesa em grau ainda maior que o da ampla defesa, compreendendo dois aspectos em seu conceito: plenitude técnica e de autodefesa.

[...] a) plenitude da defesa técnica: o advogado de defesa não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor também utilize argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional, de política criminal, etc.

(...)

b) plenitude da autodefesa: ao acusado é assegurado o direito de apresentar sua tese pessoal por ocasião do interrogatório, a qual também não precisa ser exclusivamente técnica, oportunidade em que poderá relatar aos jurados a versão que entender ser a mais conveniente a seus interesses. Daí o motivo pelo qual o juiz-presidente é obrigado a incluir na quesitação a tese pessoal apresentada pelo acusado, mesmo que haja divergência entre sua versão e aquela apresentada pelo defensor, sob pena de nulidade absoluta por violação à garantia constitucional da plenitude de defesa²⁸⁶.

A importância do júri para o direito brasileiro nos demonstra que neste instituto não basta a ampla defesa, sendo necessária a defesa plena, sob pena de o acusado se tornar indefeso em plenário, fato que poderá inclusive ser reconhecido de ofício pelo Juiz presidente, nos moldes do artigo 497, inciso V, do Código de Processo Penal, e ensejar a dissolução do conselho de sentença, designando-se nova data para julgamento.

Nesse sentido destaca Walfredo Campos:

²⁸⁵ MORAIS, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007. p. 217.

²⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal. Código de Processo Penal comentado*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 1156.

Este princípio demonstra a intenção do legislador constitucional de privilegiar o Júri como garantia individual (de ser julgado o cidadão por esse tribunal), uma vez que se preocupa, excepcionalmente, com a qualidade do trabalho do defensor do acusado, a ponto de erigir em princípio a boa qualidade da defesa dos autores de crimes que serão julgados pelo Tribunal Popular²⁸⁷.

Guilherme Nucci²⁸⁸ é mais enfático sobre o conceito de plenitude de defesa, afirmando que no júri busca-se garantir ao réu não somente uma ampla defesa, mas uma plena, completa, sendo o mais próximo do perfeito. Entende o doutrinador que a lei não possui palavras inúteis, portanto, não há superfetação na dupla previsão dos princípios, já que cada qual é destinado a uma finalidade específica.

A começar pelos vocábulos, conceitua Nucci, afirmando que *amplo* quer dizer vasto, largo, muito grande, enquanto *pleno* significa repleto, completo, absoluto, sendo este último evidentemente mais forte que o primeiro.

Resta-nos, destacar o conceito categórico proposto pelo professor Nucci em outra obra doutrinária, reafirmando a importância da plenitude de defesa no júri:

Por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito – logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana. A intenção do constituinte foi aplicar ao Tribunal Popular um método que privilegie a defesa, em caso de confronto inafastável com a acusação, homenageando a sua plenitude. São vários os efeitos extraídos dessa diferença²⁸⁹.

Frisa-se a ênfase pontual e incisiva feita pelo autor no seu conceito, quando afirma que a intenção do constituinte foi de aplicar ao júri um método que privilegie a defesa em caso de um confronto inafastável com a acusação, isto é, com o Estado. Sendo privilégio a ser garantido pelo princípio da plenitude de defesa, transcendendo que a defesa é e deve ser plena no tribunal do júri.

Logo, a ampla defesa deve ser entendida como a plenitude de defesa, caracterizando-se como um privilégio e uma garantia, podendo até mesmo conceitua-la como uma prerrogativa da defesa e do cidadão sobre a ação do Estado, inclusive, quando houver confrontos processuais

²⁸⁷ CAMPOS, Walfredo Cunha. *O novo júri brasileiro*. São Paulo: Primeira Impressão, 2008., p. 35.

²⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015., p. 24/25.

²⁸⁹ Id. 2020, p. 154/155.

entre eles. Por isso, necessário se faz voltarmos ao subcapítulo anterior para utilizarmos a plenitude de defesa como argumento racional de peso na ponderação dos princípios em colisão.

Além de ser uma garantia do acusado defender-se com amplitude, é indiscutível que no júri a plenitude de defesa é característica expressiva e essencial da própria instituição, pois júri sem defesa plena não é um tribunal justo, e, desse modo, jamais será um direito fundamental respeitado e garantido. Em plenário do júri a ampla defesa está presente, mas, além de ser ampla, a defesa tem de ser plena.

Fundamentando-se no conceito de plenitude de defesa acima transcrito, à defesa possui privilégio no confronto com a acusação. Entre o direito de recurso da acusação contra a sentença de absolvição do júri e a soberania dos veredictos, com base no princípio da plenitude de defesa, há que se respeitar a decisão dos jurados. Importante ressaltar que, em quase todos os conceitos trazidos há um consenso, entendendo-se como característica enfática de que a intenção do legislador era privilegiar o júri e suas garantias, como direito e garantias individuais.

No júri, como destacou Nucci, as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer tipo de fundamentação, pois se trata de exceção à regra da fundamentação das decisões judiciais²⁹⁰, conforme estudado no subcapítulo 1.2 deste trabalho. Devido a ausência de fundamentação dos jurados que não se sabe o motivo, ou talvez os motivos, que levaram o conselho de sentença a absolver o acusado, pairando a dúvida.

E arremata Nucci:

Enfim, cuida-se a plenitude de defesa de um princípio específico do tribunal do júri, que vai além da ampla defesa, sendo um demonstrativo da supervalorização da defesa. E não se faz isso por acaso. Diante do tribunal popular, deve-se ter extrema cautela no atendimento dos reclamos defensivos, pois quem julga é o povo, sem fundamentar o veredicto. É preciso conceder plena viabilidade defensiva ao réu²⁹¹.

Os fundamentos efetivamente acolhidos pelo conselho de sentença para absolver o réu permanecem desconhecidos, quer pelo fato, não menos importante, de que a motivação adotada pelos jurados pode extrapolar os próprios limites da razão jurídica. Para além disso, a dúvida razoável quanto a autoria, a materialidade delitiva, ou de qualquer outro fator fático que for levantada no processo ou em plenário, também importa em reconhecimento dela pelos jurados, e

²⁹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 929.

²⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020., p. 203

em favor do acusado, ou seja, os jurados, em caso de dúvida razoável, devem absolver, em razão e em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

O direito do acusado a ser julgado diretamente pela sociedade, nos crimes dolosos contra a vida, é uma expressão do regime democrático no processo penal, pois permite a participação direta do povo na construção da justiça, sendo conferida aos jurados, em que pese não lhes sejam asseguradas as prerrogativas orgânicas da magistratura, a "posição de garantidores da eficácia do sistema de garantias da Constituição"²⁹².

A decisão soberana de absolvição dos jurados não é adstrita ao texto normativo, às teses contrapostas em plenário ou ao conteúdo dos autos processuais, razão pela qual não cabe impugnação em face do juízo popular sob o argumento de contrariedade ao acervo probatório, mesmo que realizada pelo representante do Ministério Público.

Todavia, a soberania dos veredictos não significa intangibilidade das decisões dos jurados. Ao representante do Ministério Público e à defesa é conferida a possibilidade de recorrer das decisões do júri nas seguintes situações, legalmente preestabelecidas:

- 1) nulidade posterior à pronúncia;
- 2) quando for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; ou
- 3) se houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou de medida de segurança.

Todas essas hipóteses são circunscritas a questões jurídicas, dissociada da análise do mérito da questão fático-probatória.

No tribunal do júri, é assegurado ao acusado o direito à plenitude de defesa considerado "elemento essencial"²⁹³ e desta feita, os argumentos defensivos podem transcender a técnica jurídica e invocar, entre outras, razões de ordem social, humanitária, filosófica, religiosa, emocional e de política criminal. As fundamentações metajurídicas, como tese defensiva no júri, assumiram ainda maior importância com o advento da Lei n.º 11.698/08, a qual inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o quesito genérico de absolvição, nos termos do artigo 483, inciso III, do CPP.

Sendo assim, não se sabe se os jurados absolveram o acusado por dúvida quanto a autoria ou a materialidade do delito, mesmo as reconhecendo anteriormente em votação

²⁹² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 859.

²⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015., p. 34.

individual, ou por apego ao apelo defensivo, por clemência ao pedido do réu na sua autodefesa, ou até mesmo por erro na votação do quesito genérico e obrigatório, eis que assegurada a íntima convicção e o sigilo das votações. O pleito absolutório pode ser acolhido pelo júri popular por qualquer motivo jurídico ou metajurídico, legal ou supralegal.

Porém, o que se deve reconhecer é que a plenitude de defesa abarca todas essas possibilidades de absolvição por parte do conselho de sentença, inclusive a dúvida, causando também dúvida sobre o resultado proferido pelo conselho de sentença, o que impede o recurso de apelação da acusação, sob o fundamento de a decisão ser manifestamente contrária à prova dos autos, eis que no embate inafastável entre acusação e defesa no tribunal júri, o legislador privilegiou a defesa, homenageando a sua plenitude, a qual é aplicável no âmbito fático e teórico.

Como o direito fundamental constitucionalmente assegurado e, portanto, imutável, eis que a cláusula pétrea à disposição do acusado perante o tribunal do júri está a plenitude de defesa, para que faça frente a uma defesa irrestrita, completa, capaz de assegurar o esgotamento de todos os argumentos e meios de prova relevantes e pertinentes a sua defesa, bem como de todos os embates processuais.

O conceito ressignificado do princípio da plenitude de defesa nos permite verificar que ele não é somente aplicável em plenário do júri, possuindo também aplicação fática e teórica, inclusive quando da análise da possibilidade de a acusação apelar da sentença absolutória. Contra a dúvida do jurado que é favorável ao acusado, não cabe apelação, pois se desconhece as inúmeras razões que podem ter levado o conselho de sentença, em razão da íntima convicção e o sigilo das votações, a decidir favoravelmente ao réu, pois a ele é dado a presunção de inocência. É neste ponto que se invoca a plenitude de defesa, a qual é aplicável até mesmo na fase recursal, impedindo que o *Parquet* avie o recurso de apelação.

Por outro lado, afirmando que é inviável a apelação aviada contra sentença absolutória do júri amparado na dúvida, como único princípio que justifica a apelação no tribunal do júri, ligado ao conceito ressignificado de plenitude de defesa, também podemos afirmar que somente a defesa pode apelar das sentenças do júri, quando tiver interesse recursal.

Esse fator constitui uma faculdade exclusiva da defesa a apelação arrimada na argumentação de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, sobretudo por força do quesito genérico e obrigatório da absolvição. Ademais, a soberania dos veredictos é um direito e uma garantia fundamental instituída em favor do réu, da plenitude

defensiva e da presunção de inocência do acusado. Não cabe, pois, a um tribunal técnico desconstituir o mérito do decreto absolutório proferido pelos jurados, havendo dúvidas sobre as razões de decidir.

A previsão de soberania dos veredictos não se contrapõe a outras garantias processuais fundamentais. Ao contrário, milita harmonicamente com a plenitude de defesa e a presunção de inocência para conferir maior proteção ao indivíduo contra alvedrios e injustiças, de forma a inadmitir uma condenação temerária, mormente diante da pouca familiaridade que o jurado tem com o direito.

Todavia, ainda é praxe na jurisprudência brasileira o acolhimento errôneo do recurso interposto pelo Ministério Público, sob o fundamento de ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Este distanciamento prático da diretriz constitucional e teórica, conduz a um processo penal autoritário e repressivo, fruto de interpretação equivocada e não sopesada, a qual permite o atropelo das garantias fundamentais e individuais, pertencentes ao indivíduo, para serem utilizadas em favor do Estado, como forma de tentar suprir indesejáveis lacunas de punibilidade.

Vale ressaltar que o tribunal técnico, ao analisar e dar provimento ao recurso de apelação contra a sentença absolutória do júri, sob o fundamento de ser ela manifestamente contrária à prova dos autos, cassa a decisão dos jurados, determinando que o réu seja submetido a novo júri. Porém, não há resposta a duas perguntas que se devem fazer ao tribunal técnico: Quais as razões levaram os jurados a decidir daquela maneira? Como afirmar que ela é manifestamente contrária à prova dos autos sem conhecer os fundamentos da decisão? Veja que a resposta é a dúvida, e como visto, dúvida no processo penal são dirimidas em favor da defesa, em favor do réu.

Acredita-se que com este conceito ressignificado de plenitude de defesa é que se encerra este terceiro capítulo e o trabalho, com uma visão garantista e uma análise abrangente do júri, desde sua história até o seu procedimento, bem como dos princípios inerentes e aplicáveis a ele, para que após o sopesamento dos princípios em colisão e os argumentos de racionalidade colocados na balança, é que pudéssemos chegar a resposta do problema proposto na pesquisa.

A compreensão que devemos fazer é a de que, pelo muito que se conheceu sobre o tribunal do júri e de toda a sua fundamentação teórica estudada, a aplicação de ambos os estudos no contexto hodierno do júri permite-nos perceber e compreender como este se opera na prática,

destoando-se nas jurisprudências do país, as quais relutam em manter as decisões absolutórias do júri, sob o fundamento de serem manifestamente contrária à prova dos autos.

CONCLUSÃO

O tribunal do júri é um instituto secular que perdura no tempo, possuindo origem remota e incerta. No entanto, permanece nos ordenamentos até os dias atuais, com uma incisiva participação popular na decisão jurídica. No Brasil, ainda encontra prestígio, tendo inclusive proteção constitucional, como a garantia fundamental do indivíduo, mesmo que seja recorrentemente questionado o instituto.

Em 2008, três leis modificaram o regramento do processo penal brasileiro, destacando-se a Lei n.º 11.689, de 09 de junho de 2008, a qual remodelou a forma de quesitação dos jurados, inserindo um quesito genérico e obrigatório: “O jurado absolve o acusado?”, sendo decorrente dela as questões que envolve o presente trabalho. O novo modelo trouxe questões inovadoras, como o princípio da livre ou da íntima convicção dos jurados, sem necessidade de justificar ou fundamentar a decisão.

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVIII, trouxe as garantias inerentes ao tribunal do júri, dentre elas, a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos. Por outro lado, o Código de Processo Penal, no artigo 593, inciso III, alínea “d”, prevê a possibilidade de se interpor recurso de apelação contra as decisões manifestamente contrárias à prova dos autos com base no princípio do duplo grau de jurisdição.

Desta forma, posteriormente a reforma processual de 2008, se instalou a celeuma do trabalho, pois o Ministério Público interpõe recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do júri, sob o fundamento de que a absolvição do réu com base no quesito obrigatório e genérico seria manifestamente contrária à prova dos autos. Diante dos julgamentos dos recursos os tribunais de justiça dos Estados estavam dando provimento aos recursos, para cassar a decisão dos jurados, determinando que o acusado fosse submetido a novo julgamento perante o tribunal do júri.

Em que pese as inúmeras críticas a instituição do júri, apontadas na introdução e no subcapítulo 1.1 deste trabalho, precisam elas ficarem afastadas, para que o foco de compreensão do trabalho e do procedimento do júri possa ser devidamente compreendido.

Com intuito de se chegar a uma decisão ante a colisão de princípios, visto no primeiro capítulo do trabalho. Além de buscar uma compreensão da construção histórica do instituto do júri, verificando sua origem até o atual formato do sistema de votação e quesitação dos jurados,

também analisamos a decisão tomada pelo conselho de sentença, de modo que o entendimento e o conceito de decisão jurídica é aquela dada pelo conselho de sentença, sendo ser livre, imotivada, não fundamentada, sigilosa e soberana no ordenamento jurídico, inclusive, vinculando o juiz togado, presidente do tribunal do júri.

Em virtude desse capítulo, verificou-se que apelação de sentença no tribunal do júri possui fundamento no princípio do duplo grau de jurisdição, decorrente do Pacto de São José da Costa Rica. E é justamente aqui que surge a colisão de princípios, objeto do trabalho, que é o choque entre soberania dos veredictos e o duplo grau de jurisdição. De maneira que, uma vez inserido o quesito obrigatório e genérico, não há mais decisão absolutória que seja manifestamente contrária à prova dos autos, já que ela não reflete a resposta a um único quesito de fato, mas sim à vontade livre e soberana dos jurados, como e da forma que quiserem, sem apresentar razões ou motivos, portanto, não poderia se falar em decisão contrária à prova dos autos se não se conhece as premissas das razões de decidir.

Logo, no segundo capítulo do trabalho, foi abordada a teoria dos princípios e regras da Constituição, na teoria do professor Robert Alexy, compreendendo a distinção entre as regras e os princípios, com a finalidade de podermos analisar os princípios que estão em colisão, chegando-se a uma decisão racional. Em seguida realizamos o estudo do princípio do duplo grau de jurisdição, essencial para que pudéssemos encontrar a solução para o conflito, pois no subcapítulo analisou-se o princípio da soberania do júri.

No terceiro capítulo, com a finalidade de utilizar a ponderação para determinar a admissibilidade do recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do júri, realizamos o estudo da teoria do sopesamento entre princípios constitucionais, na teoria de Robert Alexy, e por conseguinte, fizemos uma análise da teoria do sopesamento no processo penal, com intuito de verificarmos os argumentos racionais colocados na balança da ponderação, concluindo o capítulo com um novo conceito do princípio da plenitude de defesa, demonstrando uma nova forma de fundamentar a impossibilidade do recurso de apelação para à acusação no tribunal do júri.

Diante da pesquisa realizada, o presente trabalho propõe, sob uma ótica diversa da comum e com uma visão garantista, considerando que o tema chegou a Suprema Corte brasileira, uma análise da possibilidade de se aviar recurso de apelação contra as sentenças absolutórias do júri, na qual considerou dois princípios em colisão, chegando-se a uma decisão por meio da ponderação entre os princípios.

No âmbito dessa teoria argumentativa do direito, Robert Alexy pensa em resolver o grande problema da colisão de preceitos fundamentais, traçando essa distinção original entre regras e princípios. Para o autor, para se conceber princípios como mandados otimizáveis – e não como princípios – não está além de uma necessidade fática e jurídica de otimização. Não se podendo cumprir todos os princípios, por questão de escassez de recursos materiais e jurídicos, então nada melhor que relativizar a normatividade dos princípios na forma de uma otimização.

Em virtude dos argumentos utilizados a favor do princípio da soberania dos veredictos na ponderação dos princípios, como a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, a íntima convicção, o sigilo das votações e a plenitude de defesa, afastam a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, em virtude de ser ele um princípio e direito fundamental do acusado contra o Estado, bem como aliado ao fato de que se estaria ferindo diversos direitos fundamentais do indivíduo para que a soberania cedesse frente ao duplo grau de jurisdição em favor do Estado.

O presente trabalho, nesse sentido, estabelece uma relação entre direitos fundamentais do indivíduo e o conceito de recurso, com a conseqüente aplicação da ponderação como razão de se decidir. Destarte, a possibilidade de o *Parquet* impugnar a decisão meritória de absolvição pelos jurados constitui nítida afronta aos imperativos constitucionais da soberania dos veredictos, da plenitude de defesa e do sistema da íntima convicção dos julgadores leigos. O fato de os jurados não necessitarem motivar e nem fundamentar sua decisão, impede que um juízo de valor seja colocado na decisão do conselho de sentença, pois se desconhece a razão ou as razões que levaram o corpo de jurados a decidir daquela maneira. Não se podendo afirmar que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, justamente porque se desconhece os motivos da decisão, em que esta pode ser embasada em qualquer argumento, inclusive, metajurídico ou supralegal.

Não se pode admitir o discurso punitivista e inquisitivo de que o pretense combate à criminalidade sirva de pretexto para relativizar direitos fundamentais, matéria tão cara ao Estado Democrático de Direito, resultante de conquistas históricas irrenunciáveis.

Portanto, um tribunal formado por juízes togados não pode revisitar o mérito do júri para anular a decisão absolutória do conselho de sentença, pois configuraria usurpação da competência constitucionalmente atribuída aos jurados, além de ofensa às inúmeras garantias individuais do cidadão contra o Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: Distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*. v. 51 n.º 203. jul./set. 2014. p. 167. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf> Acesso em 11 jan. 2021.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. La naturaleza de la filosofía del derecho. *Doxa, Barcelona*, n.26, 2003. p. 145-160. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcjt013>>. Acesso em: 07 ago. 2020.

_____. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, 2003. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/robert-alexys-direitos-fundamentaisbalanceamento-e-racionalidadepdf.html>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AMORIM, Leticia Balsamão, A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília. Edição 42, v. 165, jan./mar. 2005. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>>. Acesso dia 06 ago. 2020.

ARAÚJO, Flavia Simões de. *Júri clássico e escabinado: estatística de adoção de ambos os sistemas de julgamento na atualidade*. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro Universitário Toledo – UNITOLEDO, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=124644>. Acesso em 21 jul. 2020.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 abr.2020.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Diário oficial da União, Rio de Janeiro, 13 outubro 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 06 abr.2020.

_____. *Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código de Processo Criminal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm#:~:text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brasil.>. Acesso em 20 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC: 117076 DF, Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 16/09/2013. Data de Publicação: *DJe – 184*. Divulg 18/09/2013 Public 19/09/2013. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24168400/medida-cautelar-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-117076-df-stf>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 94.016 Rel.: Min. Celso de Mello - Publicado no DJe em 07/04/2008. p.3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em 20 jan. 2021.

_____.Supremo Tribunal Federal. *HC nº 117. 016 PR – Min. Relator: Celso de Mello*. Data de Julgamento: 01/08/2019 – Publicação: Dje. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RHC117076decisao.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC: 350895 RJ 2016/ 0061223-6*, Relator: Ministra Thereza de Assis Moura, Data do Julgamento: 14/03/2017, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 17/05/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739323/habeas-corporum-hc-350895-rj-2016-0061223-6/inteiro-teor-465739333>>. Acesso em 10 jan. 2021

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 313.251/RJ* – Terceira Seção - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – julgado em: 28/02/2018. Publicado no Dje em: 27/03/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860079322/habeas-corpus-hc-313251-rj-2014-0345586-7/inteiro-teor-860079325?ref=serp>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BITTENCOURT, Fabiana Silva. *Tribunal do júri e teoria dos jogos*. Florianópolis: EMais, 2018.

BUENO, Francisco Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. v.6. São Paulo: Saraiva, 1966.

CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. *Revista de Direito Público. Universidade Estadual de Londrina*, v. 4, n 2, p. 1-11, maio/ago. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10749/9399>>. Acesso dia 07 ago. 2020.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *O novo júri brasileiro*. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Como se faz um processo*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora, 2008.

_____. *Direito processual penal*. Tradução: Júlia Jimenes Amador. São Paulo: Péritas Editora e Distribuidora, 2001. v. 2.

CHIOVENDA, Giusepe. *Instituições de direito processual civil*. v.3. São Paulo: Saraiva, 1969.

COSTA, Gustavo Carvalho. *O duplo grau de jurisdição no processo penal: Apelação no rito do júri*. Dissertação (mestrado). Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/6478>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DESTRO, Carlos Alberto. O duplo grau de jurisdição. *Intertemas: Revista da Toledo*. 2001. v. 4.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal* – 13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 3.

DWORKIN, Ronald. *Levando a sério os direitos*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *A pena em uma sociedade democrática. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, ano 7, nº 12, 2º semestre 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORTI, Iorio Siqueira D’Alessandri. O Tribunal do Júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5.º, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. ano 3. vol. 3. p. 178-196. Rio de Janeiro, jan.-jun. 2009, semestral. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22172/16021>>. Acesso 03 ago. 2020.

GALLI, Joel Eliseu. A representatividade garantista do júri popular na raiz constitucional como forma de repulsa ao recurso da dúvida como fundamento da decisão de pronúncia. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-96/a-representatividade-garantista-do-juri-popular-na-raiz-constitucional-como-forma-de-repulsa-ao-recurso-da-duvida-como-fundamento-da-decisao-de-pronuncia/>>. Acesso 03 ago. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; SCARANCE, Fernandes. *Recurso no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. *A pronúncia no procedimento do tribunal do júri brasileiro*. 2009. 562 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica: São

Paulo, 2009. Disponível em:

<<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8828/1/Hamilton%20da%20Cunha%20Iribure%20Junior.pdf>>. Acesso dia 20 mai. 2020.

JARDIM, Eliete Costa Silva. *Tribunal do Júri. Absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade*. R. Emerj. vol. 18. n. 67. p. 13-31. Rio de Janeiro, jan.-fev. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 4ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves. GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. A Proporcionalidade como Método de Controle da Decisão Penal – Parte 1: O Problema da Estrutura Normativa Entre Regras e Princípios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 127, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.127.05.PDF>. Acesso em: 11 jan. 2021.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARQUES, Jader. *Tribunal do júri: considerações críticas à lei 11.689/08 de acordo com as leis 11.690/08 e 11.719/08*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARQUES, José Frederico. *A Instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. v.1. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. v.3. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. v.4. Campinas: Bookseller, 1997.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri*. 7 ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 97.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 15ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

MORAIS, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

NETO, José de Assis Santiago; MELLO, Kamilla Faria. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CRISE EXISTENCIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: a liquidez de um princípio pétreo para o processo penal democrático. In: PINTO, Felipe Martins (org.). *Presunção de Inocência*. Estudos em homenagem ao professor Eros Grau. 2º tiragem. Belo Horizonte, Ed.: Instituto dos advogados de Minas Gerais, 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Presuncao_de_Inocencia.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Curso de Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Individualização da pena*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Tribunal do júri*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri Procedimento e aspectos do julgamento. Questionários*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ª ed. Florianópolis: EMais, 2019.

ROSA, Borges da. *Comentários ao código de processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 407.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. Racionalidade da Decisão Judicial em Robert Alexy. *Revista de Teorias de Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*.

Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/715/pdf_1>. Acesso em 12 mai. 2020.

SOBREVILLA, David. El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.4, abril/1996, p. 98-113.

Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctf064>>. Acesso em 07 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TASSE, Adel El. *O novo rito do tribunal do júri*. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Tribunal do Júri: Fundamentos, procedimento, interpretação em acordo aos princípios constitucionais, propostas para sua modernização*. Curitiba: Juruá, 2004.

TOLEDO, Evaristo. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1992.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Processo Penal*. 33ª ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____ (coord.). *Tribunal do Júri: origem, evolução, características e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.