

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

MARÍLIA DA SILVA DE ARAÚJO

**A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA DAS DECISÕES
DO TRIBUNAL DO JÚRI EM FACE DA GARANTIA DA SOBERANIA DOS VEREDITOS**

FLORIANÓPOLIS

2019

MARÍLIA DA SILVA DE ARAÚJO

**A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA DAS DECISÕES
DO TRIBUNAL DO JÚRI EM FACE DA GARANTIA DA SOBERANIA DOS VEREDITOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho

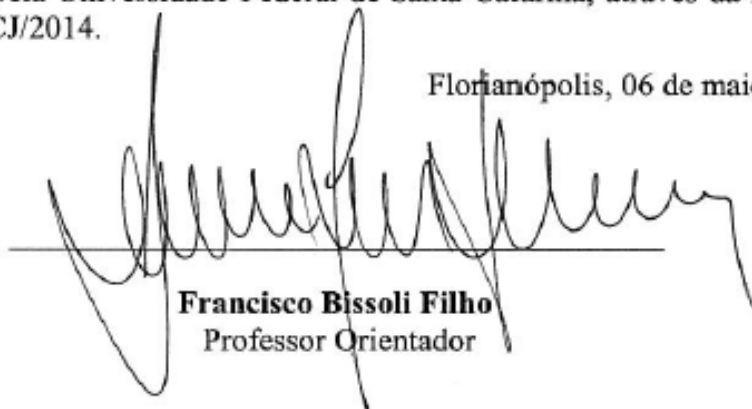
FLORIANÓPOLIS, 2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A garantia da vedação da *reformatio in pejus* indireta das decisões do Tribunal do Júri em face da garantia da soberania dos veredictos”, elaborado pela acadêmica Marília da Silva de Araújo, defendido em 06/05/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DE 2), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 06 de maio de 2019.



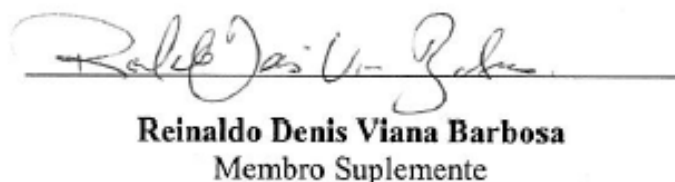
Francisco Bissoli Filho
Professor Orientador



Bianca Bez Goulart
Membro de Banca



Mathias Foletto
Membro de Banca



Reinaldo Denis Viana Barbosa
Membro Suplemente



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Marília da Silva de Araújo

RG: 5020767

CPF: 051.827.319-90

Matricula: 14200170

Título do TCC: "A garantia da vedação da *reformatio in pejus* indireta das decisões do Tribunal do Júri em face da garantia da soberania dos veredictos"

Orientador: Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho

Eu, Marília da Silva de Araújo, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 06 de maio de 2019.

Marília Araújo

Marília da Silva de Araújo

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, por ser sempre luz e inspiração, guiando-me pelos caminhos da vida com simplicidade e sutileza, ensinando-me a ser forte e a perseguir meus objetivos com determinação. Agradeço aos meus familiares como um todo, sobretudo a meu pai e aos meus avós, por me incentivarem e acreditarem que sempre posso ir além.

Agradeço, em especial, ao meu namorado, João Eduardo, em cujo abraço encontrei paz, calma e pertencimento, principalmente pelo companheirismo e amor de todos os dias, mas, também, pelas leituras e sugestões proferidas para a concretização do presente trabalho, e sobretudo, pela certeza de que sempre seremos fortaleza um do outro.

Agradeço ao meu orientador e supervisor de monitorias, Professor Dr. Francisco Bissoli Filho, por alimentar em mim a paixão pelo direito penal, pelas oportunidades concedidas, por todos os ensinamentos transmitidos e por ser um modelo de profissional a ser seguido pela dedicação que despende nos seus projetos.

Agradeço aos membros da banca, Bianca Bez Goulart, Mathias Foletto e Reinaldo Denis Viana Barbosa por terem aceitado o convite para avaliarem a minha monografia, assim como pelas contribuições que, certamente, tornarão esta pesquisa mais completa.

Agradeço aos professores do curso de direito da Universidade Federal de Santa Catarina pelos ensinamentos proferidos ao longo da graduação, e aos colegas de extensão do Núcleo de Execução Penal, do Grupo de Criminologia Crítica, e mais recentemente, ao *Cautio Criminalis*, pelas reuniões e discussões acerca do sistema penal e penitenciário brasileiro.

Agradeço ao núcleo criminal da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, sobretudo à Michele e Priscila, pela oportunidade profissional concedida e os aprendizados transmitidos. Os desafios enfrentados diariamente naquela minúscula sala dividida entre analistas e estagiários certamente contribuirão muito para meu aprendizado e, principalmente, para aflorar minha paixão pela luta por um judiciário mais justo e uma sociedade menos excludente.

Agradeço ao Dr. Roberto Lucas Pacheco e toda à equipe de gabinete, pelos ensinamentos desenvolvidos ao longo do meu estágio profissional no Tribunal de Justiça Catarinense. Agradeço a toda equipe da 5ª Procuradoria de Justiça Criminal, pela oportunidade e confiança depositadas em mim no meu estágio profissional perante o Ministério Público.

Agradeço, por fim, a todos que direta ou indiretamente contribuirão para a conclusão do presente trabalho.

RESUMO

ARAÚJO, Marília S. *A garantia da vedação da reformatio in pejus indireta em face da garantia da soberania dos vereditos no tribunal do júri*. 2019. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

A presente monografia trata da colisão dos princípios da vedação da *reformatio in pejus* indireta e da soberania dos vereditos nos procedimentos afetos ao tribunal do júri. Num primeiro momento, pretende-se realizar uma análise teórica e histórica da instituição do júri, defendendo o seu caráter de garantia individual, bem como descrever as diversas decisões e recursos cabíveis neste procedimento especial. Depois, passar-se-á à descrição e diferenciação dos direitos e das garantias, da garantia da vedação da *reformatio in pejus* e das suas derivações, esta como corolário da ampla defesa, bem como das garantias do tribunal do júri, com foco especial, na garantia da soberania dos vereditos. Ao final, a pesquisa se concentra nas principais lições doutrinárias acerca da conceituação de normas, regras e princípios e os métodos de sopesamento de princípios colidentes, para que se demonstre, em razão da concordância prática que deve permear a nossa Constituição, como se deve resolver essa colisão. Em seguida, apresentam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais que tratam da colisão dos princípios envolvidos e se apresenta uma via conciliatória, segundo a qual a referida colisão de princípios deve ser resolvida em favor do indivíduo, e, por isso, a vedação da *reformatio in pejus* deve ser aplicada de forma irrestrita mesmo se tratando de processos afetos ao tribunal popular.

Palavras-chave: *Reformatio in pejus* indireta. Soberania do júri. Colisão de princípios.

ABSTRACT

ARAÚJO, Marília S. *The guarantee of the prohibition of indirect reformatio in pejus in view of the guarantee of the sovereignty of verdicts in the jury's court.* 2019. Undergraduate thesis (graduation) - Federal University of Santa Catarina. Center of Juridical Sciences/CCJ, Graduation Course in Law, Florianópolis, 2019.

The present undergraduate thesis deals with the collision of the principles of the prohibition of indirect *reformatio in pejus* and the sovereignty of verdicts in the procedures related to the jury's court. At first, it intends to carry out a theoretical and historical analysis of the institution, defending its character of individual guarantee, as well as to describe the diverse decisions and resources applicable in this special procedure. Afterwards, the description and differentiation of rights and guarantees were made, mainly to guarantee the prohibition of *reformatio in pejus* and its derivations, defending these as a corollary of the ample defense, as well as the guarantees of the jury's court, and especially the sovereignty of verdicts. In the end, the research concentrates on the main doctrinal lessons about the conceptualization of norms, rules and principles and the methods of assessing colliding principles, so that it can be demonstrated, due to the practical agreement that must permeate our Constitution, how to resolve said collision. Next, are presented the doctrinal and jurisprudential positions that deal with the collision of the principles involved and a conciliatory way is proposed, according to which the said collision of principles must be solved in favor of the individual, and, therefore, the prohibition of *reformatio in pejus* must be applied unrestrictedly, even in the case of matter related to the popular court.

Keywords: indirect *reformatio in pejus*; sovereignty of the jury; collision of principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 AS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI E RESPECTIVOS RECURSOS	14
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	14
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI	14
2.2.1 Origens e transformações históricas	14
2.2.2 Caracterização atual	17
2.3 AS DECISÕES PROFERIDAS NO PROCEDIMENTO DO JÚRI	18
2.3.1 O procedimento do júri	18
2.3.1.1 <i>O processo e o procedimento</i>	18
2.3.1.2 <i>As duas fases do procedimento do júri</i>	19
2.3.2 As decisões do procedimento do tribunal do júri	21
2.3.2.1 <i>Decisões da primeira fase ou do juízo de admissibilidade da acusação</i>	21
2.3.2.1.1 <i>Pronúncia</i>	22
2.3.2.1.2 <i>Impronúncia</i>	24
2.3.2.1.3 <i>Desclassificação</i>	25
2.3.2.1.4 <i>Absolvição sumária</i>	26
2.3.2.2 <i>As decisões proferidas na segunda fase ou juízo da causa</i>	26
2.3.2.2.1 <i>A decisão dos jurados</i>	26
2.3.2.2.2 <i>A decisão do juiz presidente</i>	28
2.4 RECURSOS NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI	29
2.4.1 Aspectos gerais sobre os recursos	29
2.4.1.1 <i>Conceituação</i>	29
2.4.1.2 <i>Distinção entre recurso e ações autônomas de impugnações</i>	30
2.4.1.3 <i>O duplo grau de jurisdição</i>	31
2.4.1.4 <i>A sucumbência</i>	31
2.4.1.5 <i>Recursos ordinários e extraordinários</i>	31
2.4.2 Espécies de recursos cabíveis contra as decisões proferidas no procedimento do júri	32
2.4.2.1 <i>Recurso em sentido estrito</i>	32
2.4.2.2 <i>Apelação</i>	33
2.4.2.3 <i>Embargos infringentes e de nulidade</i>	36
2.4.2.4 <i>Recurso especial e extraordinário</i>	38
2.4.2.5 <i>Embargos declaratórios</i>	40
3 AS GARANTIAS DA VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS E DA SOBERANIA DOS VEREDITOS DO TRIBUNAL DO JÚRI	42

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	42
3.2 GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS	42
3.2.1 Conceito e distinções entre direitos e garantias	42
3.2.1.1 Direitos	42
3.2.1.2 Garantias	47
3.2.1.3 Espécies de garantias processuais penais	49
3.2.1.4 O tribunal do júri como garantia	55
3.3 A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA <i>REFORMATIO IN PEJUS</i>	57
3.3.1 Conceituação	57
3.3.1.1 <i>Reformatio in pejus direta</i>	57
3.3.1.2 <i>Reformatio in pejus indireta</i>	58
3.3.1.2.1 <i>Reformatio in pejus</i> indireta por incompetência do juízo de origem	60
3.3.1.2.2 <i>Reformatio in pejus</i> indireta pelo reconhecimento de nulidade <i>ex officio</i>	61
3.3.1.3 <i>Reformatio in melius</i>	62
3.3.2 A vedação de <i>reformatio in pejus</i> como princípio decorrente do princípio da ampla defesa	63
3.4 A GARANTIA DA SOBERANIA DOS VEREDITOS	64
3.4.1 As garantias do tribunal do júri	64
3.4.1.1 <i>A plenitude da defesa</i>	64
3.4.1.2 <i>O sigilo das votações</i>	65
3.4.1.3 <i>A competência</i>	66
3.4.2 A garantia da soberania dos vereditos	68
4 AS SOLUÇÕES DO CONFLITO ENTRE A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA <i>REFORMATIO IN PEJUS</i> INDIRETA E A GARANTIA DA SOBERANIA DOS VEREDITOS NAS DECISÕES DO TRIBUNAL JÚRI	70
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	70
4.2 A COLISÃO ENTRE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS	70
4.2.1 O conceito de norma jurídica	70
4.2.2 Os princípios e as regras como espécies de normas jurídicas e as suas distinções ..	72
4.2.2.1 <i>O posicionamento de Robert Alexy sobre a distinção de regras e princípios</i>	73
4.2.2.2 <i>O posicionamento de Ronald Dworkin sobre a distinção de regras e princípios</i>	76
4.2.2.3 <i>O posicionamento de Humberto Ávila sobre a distinção de regras e princípios</i>	77
4.2.2.4 <i>O posicionamento de José Gomes Canotilho sobre a distinção de regras e princípios</i>	80
4.3 A COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA <i>REFORMATIO IN PEJUS</i> INDIRETA E DA SOBERANIA DOS VEREDITOS	82
4.4 PRINCIPAIS POSICIONAMENTOS DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA	83
4.4.1 Os posicionamentos da doutrina	83
4.4.1.1 <i>A prevalência da garantia da soberania dos vereditos</i>	83

4.4.1.1.1 A prevalência irrestrita da garantia da soberania dos vereditos	83
4.4.1.1.2 A prevalência mitigada da garantia da soberania dos vereditos	84
4.4.1.2 A <i>prevalência da vedação da reformatio in pejus indireta</i>	85
4.4.2 Os precedentes jurisprudenciais	87
4.4.2.1 <i>Prevalência da vedação da soberania dos vereditos</i>	87
4.4.2.2 <i>Prevalência da vedação da reformatio in pejus indireta</i>	90
4.5 UMA SOLUÇÃO CONCILIATÓRIA EM FACE DA COLISÃO DA VEDAÇÃO DA <i>REFORMATIO IN PEJUS</i> INDIRETA COM A SOBERANIA DOS VEREDITOS	93
5 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	101

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre a colisão dos princípios da vedação da *reformatio in pejus* indireta e da soberania dos vereditos no âmbito do tribunal do júri.

A *reformatio in pejus* acontece quando há uma reforma que agrave a situação do acusado nos casos em que somente este recorreu da sentença que lhe era desfavorável, sendo vedado, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, por força do artigo 617 do Código de Processo Penal. Ou seja, se apenas o acusado recorrer de alguma decisão, levando o processo ao tribunal *ad quem*, este não poderá piorar a situação do recorrente, seja quantitativamente (aumento de pena), quanto qualitativamente (modificando regime, substituição de pena e outros efeitos da condenação).

Em que pese essa vedação se refira, apenas, às apelações criminais, por entendimento jurisprudencial, entende-se que deve ser aplicada em relação a quaisquer outras decisões em que somente o réu tenha recorrido.

Por conseguinte, fala-se em vedação da *reformatio in pejus* indireta quando o tribunal *ad quem* anula processo em recurso exclusivo da defesa e remete ao juízo *a quo* para repetição dos atos anulados, e, da mesma forma, em nova decisão a ser proferida pelo magistrado de primeiro grau, o acusado não poderá ter sua situação agravada.

Neste caso, a vedação a *reformatio in pejus* é indireta pois apesar de ter seu recurso provido, com a anulação do processo, sua situação final não poderá ser pior, já que somente o réu recorreu pleiteando anulação.

De outro lado, nos processos afetos ao tribunal do júri, é assegurada a garantia da soberania dos vereditos ao conselho de sentença, isto é, os jurados são soberanos para decidirem o caso *sub examine* como desejarem sem que sua decisão possa ser substituída por decisões de juízes togados.

Nesse contexto, ante a omissão legislativa, bem como as divergências na doutrina e jurisprudência, surge o seguinte questionamento: existem limitações à garantia da vedação da *reformatio in pejus* indireta em relação às decisões proferidas pelo tribunal do júri em face do princípio da soberania dos vereditos?

A hipótese que se apresenta a esse problema é no sentido de que, em face da garantia da vedação da *reformatio in pejus* indireta, corolário do princípio da ampla defesa, quando o réu submetido a um segundo julgamento perante o tribunal do júri decorrente de anulação pleiteada exclusivamente pela defesa, não poderá ter sua pena agravada, uma vez que o princípio da soberania dos vereditos também deve ser interpretado como uma garantia individual do

acusado, a qual não lhe poderá causar prejuízo.

Assim, o objetivo principal do presente trabalho monográfico é demonstrar, por meio de raciocínios lógicos, o acerto da hipótese, e os objetivos secundários, por sua vez, são, no primeiro capítulo, descrever as decisões do tribunal do júri e os respectivos recursos cabíveis; no segundo capítulo, descrever as garantias da vedação da *reformatio in pejus* e da soberania dos vereditos; e, por fim, no terceiro capítulo, propor uma solução mais adequada ao conflito entre essas duas garantias.

O método de abordagem, portanto, será o dedutivo, pois se partirá de estruturas de raciocínios mais gerais – as garantias processuais penais e a técnica de sopesamento de princípios – para se chegar a uma especificidade: a solução da colisão dos princípios da vedação da *reformatio in pejus* indireta e da soberania dos vereditos no âmbito do tribunal do júri.

Os métodos de procedimento serão o descritivo, no primeiro, em parte do segundo e em parte do terceiro capítulo, e o hermenêutico, em parte do segundo e na parte final deste, pois se descreverá o procedimento do júri, as suas decisões e os seus recursos, as garantias e princípios, e se fará uma interpretação conciliatória que possa tratar da colisão de ambos os princípios.

A técnica de pesquisa é bibliográfica, pois tem como meio de pesquisa as fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

Para tanto, dividiu-se o presente trabalho monográfico em três capítulos.

No primeiro capítulo, intitulado “As decisões do tribunal do júri e os respectivos recursos”, descrever-se-á o procedimento do tribunal do júri, as suas decisões e os seus respectivos recursos. Dividido em três itens, versará o primeiro sobre os aspectos históricos e teóricos dessa instituição, nos quais se demonstrarão as incertezas sobre a origem da instituição e a sua conceituação atual. Num segundo momento, descrever-se-ão o procedimento e as diversas decisões proferidas no procedimento de competência dessa instituição. Por fim, no terceiro item, passar-se-á à descrição dos recursos cabíveis em relação àquelas decisões.

No segundo capítulo, cujo título é “As garantias da vedação da *reformatio in pejus* e da soberania dos vereditos do tribunal do júri”, far-se-á, primeiramente, a descrição das garantias processuais penais, distinguindo-as dos direitos, e, na continuidade, demonstrar-se-á, por meio de raciocínios lógicos, que o tribunal do júri constitui-se em garantia individual do acusado. Em seguida, tratar-se-á da garantia da vedação da *reformatio in pejus* direta e indireta, por incompetência do juízo de origem, pelo reconhecimento de nulidade *ex officio*, e, ainda, a *reformatio in mellius*. Na sequência, demonstrar-se-á que a vedação de *reformatio in pejus* decorre do princípio da ampla defesa, por permitir que o acusado impugne decisões que lhe são desfavoráveis sem receio de ver sua situação piorar. Por fim, ocupar-se-á da descrição das garantias constitucionais do tribunal do júri, e em especial, da soberania dos vereditos.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, intitulado “A garantia da vedação da *reformatio in pejus* indireta em face da garantia da soberania dos vereditos nas decisões do tribunal do júri”, tratar-se-á das normas e suas espécies, os princípios e as regras. Num primeiro momento, buscar-se-á a definição de norma, de princípios e de regras bem como as suas distinções. Depois, analisar-se-á a colisão dos princípios objetos desse trabalho, o princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta e o princípio da soberania dos vereditos, sob a ótica da doutrina e da jurisprudência pátria, demonstrando os principais posicionamentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais em relação a essa colisão de princípios. Por fim, tentar-se-á alcançar um posicionamento que concilie referidos princípios com o ordenamento jurídico pátrio.

2 AS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI E RESPECTIVOS RECURSOS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo trata das decisões do tribunal do júri e dos seus respectivos recursos. Dividido em três itens, tratará o primeiro dos aspectos históricos e teóricos dessa instituição; o segundo, das diversas decisões proferidas no procedimento de competência dessa instituição; e, por fim, o terceiro, dos recursos cabíveis em relação a essas decisões.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI

2.2.1 Origens e transformações históricas

O presente item tem o objetivo de realizar uma breve explanação sobre as transformações históricas da instituição do tribunal do júri.

O termo “júri” possui origem etimológica no latim – “*ius, iuris*”, e traduz-se numa instituição de cunho popular e garantista.

Apesar da consolidação do tribunal do júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, nos dias atuais, existem muitas divergências doutrinárias quanto às origens da instituição.

Távora e Alencar (2011, p. 754) citam que a origem pode ter se dado tanto na Grécia quanto em Roma, explicando que há “quem veja um fundamento divino para a legitimidade desse órgão. Sob essa inspiração, o julgamento de Jesus Cristo, malgrado desprovido das garantias mínimas de defesa, é lembrado como um processo com características que se assemelham ao Júri”.

Contudo, continuam os autores, a corrente majoritária data o tribunal do júri na Carta Magna da Inglaterra de 1215, “bem como seu antecedente mais recente, a Revolução Francesa de 1789” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 754).

Sobre o tema, Tucci (1999, p. 13-15) comenta que a investigação sobre a origem do tribunal do júri sequer é intentada por muitos estudiosos da instituição, pela escassez de informações acerca das instituições mais antigas que teriam existido como embrião do tribunal popular.

Apesar de toda a divergência doutrinária acerca da origem do tribunal do júri, certo é que a partir da Revolução Francesa, de 1789, o instituto espalhou-se por toda a Europa, adotando aspectos próprios ante a legislação de cada país, já que o sistema da Inglaterra era de *common*

law.

Na época, o poder judiciário ainda não se firmara como um poder autônomo e independente, fazendo com que o soberano pudesse influenciar as decisões judiciais, o que tornou o tribunal popular mais justo e imparcial por não se submeter à vontade do soberano.

Nessa ótica, em Portugal, o tribunal do júri surgiu para julgamento dos crimes de imprensa, estabelecendo um limite ao rei, que não poderia interferir no julgamento. De acordo com Romano (1999, p. 13-15), a colonização traz consigo o fenômeno de transmigração do direito, ou seja, a imposição de cultura, ideias e leis. Dessa forma, o tribunal do júri foi criado também no Brasil, em 18 de junho de 1822, com a competência restrita aos delitos de imprensa (MARQUES, 1997, p. 3).

O júri era composto por vinte e quatro cidadãos, que julgariam os fatos, e, de acordo com Almeida Jr. (1959, p. 150-151), “os réus poderiam destes vinte e quatro recusar dezesseis; os oito restantes seriam suficientes para compor o conselho de julgamento, ‘acomodando-se sempre às formas mais liberais e admitindo-se o réu à justa defesa’”.

A grande crítica que se faz à instituição à época é que os jurados deviam ser homens “bons, honrados, inteligentes e patriota”¹, constituindo-se, portanto, numa instituição elitista.

Com o advento da Constituição do Império em 1824, a competência do tribunal do júri foi ampliada, passando a compreender mais tipos penais, como também competência civil, de modo que aos jurados competia somente decidir sobre os fatos e, ao juiz togado, sobre a aplicação da lei, como ocorre atualmente.

Art. 151. O poder judicial é independente, e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem.

Art. 152. Os jurados se pronunciam sobre o fato, o os juízes aplicam a lei.

Em 1830, o júri passou a ter uma organização mais específica, com o júri da acusação e o júri de julgamento, ou seja, “havia dois conselhos de jurados, sendo o primeiro conselho, ou júri de acusação, composto por vinte e três jurados e o segundo, ou júri da sentença, de doze” (MARQUES, 1997, p. 38-39). Como se pode perceber, o sistema era bifásico².

¹ O Corregedor do Crime da Côrte e Casa, que por este nomeio Juiz de Direito nas causas de abuso da liberdade da imprensa, e nas Provincias, que tiverem Relação, o Ouvidos do crime, e o de Comarca nas que não o tiverem, nomeará nos casos occurrentes, e a requerimnto do Procurador da Corôa e Fazenda, que será o Promotor e Fiscal de taes delictos, **24 cidadãos escolhidos de entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, os quaes serão os Juizes de Facto, para conhecerem da criminalidade dos escriptos abusivos.** (o grifo não está na redação original)

² Salienta-se que, apesar desse sistema, existia também uma fase de formação da culpa, ou seja, um momento precedente aqueles onde a denúncia ou a queixa deveria ser apresentada ao juiz da paz para que realizasse a oitiva de testemunhas e réu, de acordo com o artigo 144 do Código de Processo Criminal do Império: “Se pela inquirição das testemunhas, interrogatorio ao indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o Juiz se convencer da existencia do delicto, e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa, ou denuncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos, em que esta tem lugar, e sempre a livramento”. Esta etapa pode ser equipara a atual decisão de pronúncia, pois exige convencimento do juiz togado

Contudo, em 1841, a Lei nº. 261 “extinguiu o júri da acusação, e a formação da culpa e a sentença de pronúncia foram atribuídas às autoridades policiais já referidas e aos juízes municipais” (MARQUES, 1997, p. 42). Essa mesma lei, além de manter aquelas disposições quanto a quem poderia ser jurado, passou a exigir alfabetização, aumento da renda dos cidadãos e participação de proprietários de terras.

O júri sofreu nova reforma com advento do Decreto n. 4.824, de 1871, onde “as pronúncias passaram a ser da competência dos juízes de direito nas comarcas especiais, com recurso voluntário para a Relação, e dos juízes municipais, com recursos *ex officio* para o juiz de direito, nas comarcas gerais” (MARQUES, 1997, p. 44-45).

A Constituição Republicana de 1891 transformou o tribunal do júri em direito e garantia fundamental do indivíduo³, e a Constituição seguinte, de 1934, inseriu o tribunal do júri no capítulo destinado ao poder judiciário⁴, contudo, determinou que a competência para elaborar leis processuais ficaria a cargo dos estados, de modo que, os crimes julgados pelo júri variavam entre os estados da federação.

Já a Constituição seguinte, de 1937, se omitiu em relação ao tribunal popular, nada falando sobre a permanência da instituição do ordenamento brasileiro.

Marques (1997, p. 51) comenta que, como a Constituição de 1937 nada dizia sobre o tribunal do júri, primeiro opinou-se pela sua extinção. Contudo, em 1938, foi promulgado o Decreto-Lei nº 167, regulando o tribunal do júri, e, na sua exposição de motivos, confirmou-se a subsistência do tribunal popular.

Importante destacar que esse Decreto-Lei que reintroduziu o tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, não lhe conferiu soberania dos vereditos, uma vez que as decisões poderiam ser reformadas pelas cortes de apelação⁵.

Com o fim do Estado Novo, foi promulgada uma nova Constituição, de 1946, revivendo o tribunal do júri, que voltou a ser previsto como um direito e garantia fundamental do indivíduo. A principal mudança no tribunal do júri foi a formação do conselho de sentença com um número ímpar de jurados, invés da tradicional formação de doze jurados. Nessa configuração, as decisões condenatórias seriam mais difíceis de serem alcançadas, pois exigiriam uma diferença mínima de dois votos (MARQUES, 1997, p. 55-56).

Art. 141. [...]

quanto à materialidade e autoria delitiva.

³ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 31. É mandada a instituição do jury.

⁴ Art. 72 - É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei.

⁵ Art. 96. Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apóio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso.

§ 28º É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, **contando que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantindo o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos**. Será obrigatoriamente de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (o grifo não está na redação original).

Em 1948, a Lei nº. 263 alterou a redação de vários artigos do Código de Processo Penal, e, entre eles, passou a limitar a interposição de apelação das decisões proferidas pelo júri ante a sua soberania (MARQUES, 1997, p. 60-61).

A Constituição Federal de 1967 manteve o instituto do tribunal do júri e a sua emenda constitucional de 1969 restringiu a competência para os crimes dolosos contra a vida.

Finalmente, a atual Constituição Federal de 1988, seguindo preceitos democráticos, manteve o tribunal do júri entre as garantias individuais. Observa-se, nessa esteira, que o júri não foi integrado aos órgãos do Poder Judiciário, previstos no art. 92 da atual Constituição, mas tão somente ao rol de garantias individuais.

2.2.2 Caracterização atual

No Brasil, atualmente a instituição do tribunal do júri, está prevista no art. 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, com competência para julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. Segundo o referido inciso, “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei [...]”.

E o artigo 447 do Código de Processo Penal dispõe que: “O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento”.

Assim, Nucci (1999, p. 60) define o júri como um tribunal “colegiado, formado por um magistrado togado e por cidadãos leigos que, investidos, pelo sorteio, na função de integrantes do Conselho de Sentença, tornam-se juízes do fato, portanto, igualmente magistrados”.

Oliveira (2018, p. 741) explica a atual configuração do tribunal do júri, sendo composto pelo juiz-presidente, “órgão do Poder Judiciário, integrante da carreira, daí por que denominado juiz togado”, e pelo Conselho de Sentença, “integrado por sete jurados leigos, isto é, por pessoas do povo, escolhidas por meio de sorteio”.

Conforme aponta Oliveira (2018, p. 743), o tribunal do júri “seria uma das mais democráticas instituições do Poder Judiciário”, pois o indivíduo é julgado por seus pares, dissociando-se dos julgamentos técnicos proferidos por juízes togados. Contudo, adverte que “nem sempre a democracia esteve e estará a serviço do bem comum, ao menos quando aferida simplesmente pelo critério da maioria”, e concluiu que, o “Tribunal do Júri, no que tem, então,

de democrático, tem também, ou melhor, *pode ter também*, de arbitrário”.

Marques (1997, p. 26) estende a crítica ao afirmar que, “para julgar não basta o bom senso, nem tampouco o rigorismo com o delinquente. A tarefa é muito mais vasta e complexa e requer, por isso, amadurecimento e reflexão baseada em conhecimentos científicos bem sedimentados”.

De todo modo, o júri tem previsão constitucional, devendo ser o procedimento aplicado quando se tratar de crimes dolosos contra a vida.

2.3 AS DECISÕES PROFERIDAS NO PROCEDIMENTO DO JÚRI

2.3.1 O procedimento do júri

2.3.1.1 O processo e o procedimento

Processo e procedimento sempre estiveram intimamente ligados, tanto que, em dado momento histórico, eram considerados como sinônimos, ambos entendidos como uma sequência de atos concatenados destinados a um fim específico: a resolução do conflito.

Fases de evolução do conceito de processo

1ª Fase: processo = procedimento

2ª Fase: processo = relação entre sujeitos

3ª Fase: processo = relação entre sujeitos animada pelo procedimento

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o processo passou a ser entendido como “o instrumento por meio do qual se manifesta a jurisdição, devendo, pois, ser encarado sob o prisma de sua finalidade: o provimento judicial final, com a solução da controvérsia e a concretização do Direito” (OLIVEIRA, 2018, p. 701).

A partir desse novo panorama, o processo e o procedimento foram diferenciados, sendo este último entendido como “elemento que materializa o processo. É o conjunto de atos consecutivos e dialéticos que permitem a materialização do processo” (RODRIGUES; LAMY, 2012, p. 7).

Nesse sentido, Lopes Jr. (2016, p. 738) define o processo penal como “um conjunto de situações processuais dinâmicas, que dão origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas”.

Para o autor, o procedimento seria o ‘lado formal da atuação judicial’, ou seja, a forma

com que os atos processuais são dispostos no tempo, o *inter* processual na busca pela satisfação jurisdicional (LOPES JR., 2016, p. 739).

Na lição de Tourinho Filho (2010, p. 40), o processo seria uma sequência de atos realizados pelo homem, em que “o conjunto desses atos é que constitui o processo. Todavia, a sua ordem, a sequência, a sua disposição metódica é que se denomina procedimento”.

Lopes Jr. (2016, p. 739) explica que “há uma mecânica dos procedimentos, pois, ainda que todos iniciem com uma acusação e tenham como epílogo uma sentença, existem variações na ordem ou na forma dos atos que integram esse itinerário (iter)”.

Desta forma, pode-se concluir que processo é intangível, abstrato, sendo a manifestação da jurisdição, e o procedimento seria sua materialização, a concretização, ditando a forma como o processo seguirá, ou seja, qual o caminho será seguido para a satisfação jurisdicional.

2.3.1.2 As duas fases do procedimento do júri

Nesse viés, o procedimento do tribunal do júri difere-se dos demais por ser bifásico, ou seja, comporta duas fases. “A primeira seria destinada a formação da culpa, denominada *instrução preliminar*, enquanto a segunda ao julgamento propriamente dito, ou da acusação em plenário” (OLIVEIRA, 2018, p. 743). Essa fase é também denominada de *judicium acusacionis*.

Sobre a fase de instrução preliminar, Lopes Jr. (2016, p. 798) explica que não se deve confundi-la com a investigação criminal, da fase pré-processual, que tem, geralmente, o inquérito policial como a principal peça.

Esse autor explica que, nessa instrução preliminar, o processo já nasceu, pois depende do recebimento de uma denúncia ou queixa. Nesse sentido, “compreende-se que a instrução preliminar é a fase compreendida entre o recebimento da denúncia ou queixa e a decisão de pronúncia (irrecorrível)” (LOPES JR., 2016, p. 798). Evidentemente que essa fase abrange os recursos específicos que possam ser interpostos em face dessa decisão e das que lhe são decorrentes.

Referido autor ensina, ainda, que “a segunda fase do rito se inicia com a confirmação da pronúncia e vai até a decisão proferida no julgamento realizado no plenário do Tribunal do Júri” (LOPES JR., 2016, p. 798). Essa fase é denominada, também, de *judicium causae*.

Oliveira (2018, p. 760) explica que, como o Conselho de Sentença é “formado por jurados sem o conhecimento do direito e das leis, o *judicium causae* deverá se desenvolver do modo mais simplificado possível”, por isso o relatório elaborado pelo juiz deve ser o mais descomplicado possível, para que os jurados possam compreender o processo e a imputação

feita pelo órgão acusador.

Marques (1997, p. 149) explica que o jurado é “órgão leigo, não permanente, do Poder Judiciário, investido, por lei, de atribuições jurisdicionais, para integrar juízo colegiado heterogêneo a que se dá o nome de *Júri*”.

Nesse sentido, continua o autor, o recrutamento dos jurados realiza-se em dois sorteios, “um em que é escolhido para compor o Tribunal do Júri, e outro em que é apontado para servir como integrante do Conselho de Sentença” (MARQUES, 1997, p. 149).

Nesse viés, o alistamento dos jurados é realizado nos moldes dos artigos 425 e 426 do Código do Processo Penal, destacando-se que, nos termos do parágrafo 4º do artigo 426, o cidadão que tenha integrado o conselho de sentença nos últimos 12 meses deverá ser excluído da lista, de modo que, o objetivo da referida proibição é “ventilar o conselho de sentença e evitar a figura do ‘jurado profissional’” (LOPES JR., 2016, p. 824).

Marques (1997, p. 62-163) defende que a lista deve ser composta, também, por pessoas integrantes de classes sociais mais desfavorecidas, indicadas pelos sindicatos operários, imprimindo-lhe cunho mais democrático.

Sobre os jurados, Oliveira (2018, p. 762) explica que, como “exercem função jurisdicional, também relativamente a eles deverá ser exigido o compromisso da imparcialidade”, valendo, portanto, todas as regras de impedimento, suspeição e incompatibilidades, previstas no Código de Processo Penal.

Ainda, o artigo 449 impede que atue como jurado aquele que tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, ou que tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.

Atualmente, o tribunal do júri é composto por um juiz togado e vinte e cinco jurados, e “Comparecendo pelo menos 15 (quinze) jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos”⁶. A seguir, “serão sorteados, em cada julgamento, 7 pessoas para constituir o conselho de sentença” (LOPES JR., 2016, p. 832), e a cada nome sorteado, o juiz deverá lê-lo para as partes, que poderão recusar motivada (irrestritamente) ou imotivadamente (máximo de três jurados).

Nas palavras de Marques (1997, p. 178-179), além das recusas imotivadas, “ainda há as motivadas, com base na suspeição ou impedimento do jurado. Óbvio é que as recusas motivadas não têm um número limitado: desde que haja razão para argui-las, pode fazê-lo a parte”.

De acordo com o art. 466, § 1º, do Código de Processo Penal⁷, os jurados sorteados

⁶ Art. 463. Comparecendo, pelo menos, 15 (quinze) jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento.

⁷ Art. 466. § 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa,

deverão permanecer incomunicáveis, sob pena de exclusão do conselho de sentença e multa.

Sobre o tema, Whitaker, citado por Marques (1997, p. 180), ensina que “a lei, exigindo a incomunicabilidade, pretendeu garantir a independência dos jurados e a verdade das decisões. Só a própria convicção os deve guiar no julgamento”.

Após o sorteio, havendo o número mínimo de sete jurados, forma-se o conselho de sentença.

Na sequência, o juiz presidente colherá o juramento dos jurados, conforme estipulado no art. 472 do Código de Processo Penal⁸, e, depois, os jurados receberão cópia da decisão de pronúncia, e dos acórdãos confirmatórios, se houver, bem como receberão, também, cópia do relatório elaborado pelo juiz-presidente, onde este deve descrever os principais atos processuais.

Inicia-se, a seguir, a instrução em plenário, nos moldes dos artigos 473 a 475 do Código de Processo Penal, devendo, ao final, ser o réu interrogado “com a peculiaridade de que os jurados poderão formular perguntas por intermédio do juiz presidente” (LOPES JR., 2016, p. 836).

Nesse viés, Lopes Jr. (2016, p. 835) explica que “O papel do juiz presidente é completamente secundário, não tendo ele o protagonismo inquisitório do sistema anterior”. E continua o autor, explicando que “os jurados, verdadeiros juízes do caso penal, poderão formular perguntas, através do juiz presidente, que exercerá o papel de mediador, para evitar que o jurado acabe deixando transparecer algum juízo de valor”.

Encerrada a instrução em Plenário, iniciam-se os debates orais, conforme determina o art. 476 do Código de Processo Penal. E, “concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos”⁹. Superada essa etapa “passa-se para o momento em que serão formuladas as perguntas e proferida a votação, decidindo-se o caso penal” (LOPES JR., 2016, p. 842).

2.3.2 As decisões do procedimento do tribunal do júri

2.3.2.1 Decisões da primeira fase ou do juízo de admissibilidade da acusação

na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

⁸ “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo”.

⁹ Art. 480, § 1º, do Código de Processo Penal.

Oliveira (2018, p. 743-744) explica a relevância dessa fase processual, esclarecendo que, como o julgamento dos crimes dolosos contra a vida se dará por um corpo de jurados leigos, “de quem, em regra, não se espera qualquer conhecimento técnico sobre a matéria”, e para que “o julgamento se realize com a necessária (ou possível) imparcialidade”, a lei prevê que a matéria submetida aos jurados seja encaminhada do modo mais simplificado possível.

Desta forma, ao encerrar essa fase de instrução preliminar, o juiz irá proferir uma decisão interlocutória de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. “Tal decisão é tomada pelo juiz presidente do júri, ou seja, o juiz de direito (ou federal) titular daquela vara” (LOPES JR., 2016, p. 798).

Essa decisão proferida pelo juiz presidente deverá examinar a provável existência de materialidade delitiva e indícios de autoria, pois “o juiz deve emitir apenas juízo de probabilidade, tendo em vista que caberá ao Tribunal do Júri dar a última palavra (a certeza, pois) sobre a existência e sobre a natureza do crime. Trata-se, então, de juízo de admissibilidade” (OLIVEIRA, 2018, p. 744-745).

2.3.2.1.1 Pronúncia

A decisão de pronúncia, conforme nos ensina Mirabete (2007, p. 498), é a decisão pela qual “o magistrado declara a viabilidade da acusação por se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja seu autor”.

No mesmo sentido, ensina o doutrinador Rangel (2009, p. 582) que se trata do julgamento de admissibilidade da acusação deduzida pelo Ministério Público, “determinando como consequência, o julgamento do réu em plenário do tribunal do júri, perante o Conselho de Sentença”.

Sobre a materialidade delitiva, Oliveira (2018, p. 755) defende que “a prova há de ser segura quanto ao fato”, contudo, em relação a autoria, devem haver apenas indícios, pois a análise da culpa compete ao conselho de sentença. “É preciso considerar que a decisão de pronúncia somente deve revelar um juízo de probabilidade e não o de certeza” (OLIVEIRA, 2018, p. 755).

Ou seja, para que o réu seja submetido ao tribunal do júri, é preciso haver prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, pois a pronúncia “constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação” (MIRABETE, 2007, p. 499).

Desta forma, “especial cuidado deve ter o julgador na fundamentação, para não

contaminar os jurados, que são facilmente influenciáveis pelas decisões proferidas por um juiz profissional e, mais ainda, por aquelas proferidas pelos tribunais” (LOPES JR., 2016, p. 803-803).

Sobre o tema, Oliveira (2018, p. 756) explica que o excesso de linguagem ocorre quando o juiz deixa transparecer significativamente, na sua decisão de pronúncia, um juízo de reprovação ou chega a uma conclusão além daquela permitida nesta fase processual.

Além disso, Lopes Jr. (2016, p. 805) ressalta que o objetivo de a decisão de pronúncia não conter excessos de adjetivação é “assegurar a máxima originalidade do julgamento feito pelos jurados, para que decidam com independência, minimizando a influência dos argumentos e juízos de (des)valor realizados pelo juiz presidente”.

Nassif (2008, p. 56) defende que a pronúncia seria uma espécie de re-recebimento da denúncia, “qualificada pela instrução judicializada”.

Sobre a natureza desta decisão, Rangel (2009, p. 582) ensina que ela é “decisão interlocutória mista não terminativa, pois o que se encerra não é o processo, mas sim uma fase do procedimento”.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2016, p. 820) explica que “é uma decisão que não produz coisa julgada material, na medida em que pode haver desclassificação para outro crime, quando do julgamento em plenário, pelos jurados. Faz, sim, coisa julgada formal, pois uma vez preclusa a via recursal, não poderá ser alterada”.

No ponto, Oliveira (2018, p. 758) explica, ainda, que “uma vez trancada a via recursal cabível, não poderá ser alterado o seu conteúdo, à exceção da superveniência de fato novo, suficiente, por si só, como dado concreto da realidade, a modificar a classificação jurídica do fato (art. 421, § 1º, CPP)”. Como exemplo, o autor cita a hipótese em que a vítima falece após a preclusão da decisão de pronúncia, transformando o crime tentado em consumado.

Dado o exposto, podemos dizer que a decisão de pronúncia demarca os limites da acusação levada ao plenário, “devendo nela constar a narração do fato criminoso e as eventuais circunstâncias qualificadoras e causas de aumento constantes na denúncia” (LOPES JR., 2016, p. 803).

Nesse momento, o juiz poderá excluir alguma qualificadora quando não existirem elementos suficientes para sustentá-la. E, conforme lições de Giacomolli (2008, p. 92), “o afastamento da qualificadora na decisão de pronúncia impede a sustentação destas como agravantes, por já terem recebido um juízo negativo”.

Em contrapartida, “as causas de privilégio e de diminuição da pena, bem como as atenuantes e agravantes, poderão ser reconhecidas ainda que não constantes da pronúncia” (OLIVEIRA, 2018, p. 758), isso porque essas circunstâncias pressupõem um juízo

condenatório, que não deve ser realizado nessa fase.

Por fim, “somente após preclusa a via de impugnação da decisão de pronúncia (art. 421, CPP) é que terá seguimento o processo, em razão da prejudicialidade manifesta da matéria nela contida” (OLIVEIRA, 2018, p. 758).

2.3.2.1.2 *Impronúncia*

Mirabete (2007, p. 508) define a impronúncia como “um julgamento de inadmissibilidade de encaminhamento da imputação para o julgamento perante o Tribunal do Júri porque o juiz não se convenceu da existência da prova da materialidade do crime ou de indícios da autoria, ou de nenhum dos dois”.

Em consonância com esse entendimento, Oliveira (2018, p. 754) explica a diferença entre a rejeição da denúncia e a impronúncia, alegando que:

Uma coisa é a rejeição da denúncia por ausência de lastro probatório mínimo, ou a não correspondência manifesta entre a imputação feita ali e o conjunto de elementos de prova até então existentes, por ausência de condição da ação (ou justa causa); outra, muito diferente, é a decisão de impronúncia, tendo em vista que essa, ao contrário daquela, é proferida somente após o esgotamento de instrução probatória, realizada em contraditório e com a ampla participação de todos os interessados.

A respeito da natureza da decisão de impronúncia, o autor ainda ensina que se trata de decisão interlocutória mista, “porque encerra o processo, sem, porém, julgar a pretensão punitiva, ou seja, sem implicar a condenação ou a absolvição do acusado”.

Nesse diapasão, na impronúncia não há “a produção de coisa julgada material, pois o processo pode ser reaberto a qualquer tempo, até a extinção da punibilidade, desde que surjam novas provas” (LOPES JR., 2016, p. 813). Contudo, importante destacar que a impronúncia, apesar de não produzir coisa julgada material, é uma decisão terminativa, e por isso, põe fim ao processo, sendo atacada através do recurso de apelação, conforme preceitua o artigo 416 do Código de Processo Penal¹⁰.

A doutrina ainda refere-se à despronúncia quando a impronúncia decorre de decisão proferida em grau de recurso, ou seja, há “um ‘desfazimento’ da pronúncia, por parte do tribunal, que anulando essa decisão, profere outra, de impronúncia” (LOPES JR., 2016, p. 815), cuja consequência jurídica é a mesma.

Lopes Jr. (2016, p. 813-814) defende que a decisão de impronúncia causa um estado de incerteza, pendência, já que o processo poderá ser aberto a qualquer momento, e a “situação somente é definitivamente resolvida quando houver a extinção da punibilidade, ou seja, a

¹⁰ Art. 416. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação.

prescrição pela (maior) pena em abstrato”.

O autor sustenta seu posicionamento, ainda que minoritário, pela substancial inconstitucionalidade da decisão, pois viola a presunção de inocência, já que “se não há prova suficiente da existência do fato e/ou da autoria, para autorizar a pronúncia (e, recorde-se, nesse momento processual, vigora a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*), a decisão deveria ser absolutória”.

No mesmo sentido, Rangel (2009, p. 594) argumenta que “tal decisão não espelha o que de efetivo se quer dentro de um Estado Democrático de Direito, ou seja, que as decisões judiciais ponham um fim aos litígios, decidindo-os de forma meritória, dando, aos acusados e à sociedade, segurança jurídica”.

2.3.2.1.3 Desclassificação

Rangel (2009, p. 603) explica que “desclassificação é mudança, alteração, deslocar ou tirar de uma classe ou categoria. Desclassificar uma infração é retirá-la da classificação inicial e colocá-la em outra”.

Outrossim, Lopes Jr. (2016, p. 819) também explica que a desclassificação é “dar ao fato uma definição jurídica diversa, tanto de um crime mais grave para outro menos grave, mas também no sentido inverso, pois ‘desclassificar’, em termos processuais, não significa, necessariamente, sair de um crime mais grave para outro menos grave”.

Essa desclassificação, ou seja, essa nova definição jurídica dos fatos, poderá ser própria quando “o juiz reconhece a existência de crime diverso dos crimes dolosos contra a vida” (OLIVEIRA, 2018, p. 751), ou imprópria, quando “opera-se uma desclassificação para outro crime que continua sendo de competência do júri, de modo que o juiz desclassifica, mas pronuncia” (LOPES JR., 2016, p. 820).

A respeito da natureza jurídica dessa decisão, Rangel (2009, p. 605) ensina que é uma decisão interlocutória mista não terminativa, pois “o juiz não encerra o processo, pois este irá continuar perante outro juízo”. E, se a infração mesmo desclassificada, permanecer de competência do júri, “o processo continua perante o mesmo juízo, portanto não se encerra”.

Desta forma, o recurso cabível para atacar a decisão de desclassificação é o recurso em sentido estrito, por estar a referida decisão prevista no artigo 581, inciso II, do Código de Processo Penal.

2.3.2.1.4 Absolvição sumária

Nucci (2018, p. 119) define a absolvição sumária como “uma decisão de mérito que coloca fim ao processo, julgando improcedente a pretensão punitiva do Estado”. Constitui-se, portanto, num julgamento antecipado que absolve o réu não o levando ao júri.

Para Lopes Jr. (2016, p. 816), “a absolvição sumária não é apenas uma decisão interlocutória, mas sim uma verdadeira sentença, com análise de mérito e que passou (com o advento da Lei n. 11.689/2008), exatamente por ter essas características, a ser impugnada pela via do recurso de apelação”.

Essa decisão de absolvição sumária, que retira do tribunal competente a análise dos fatos, se justifica pois, nas palavras de Oliveira (2018, p. 747), “as excludentes de ilicitude (causas de justificação) e de culpabilidade excluem o crime e a correspondente punibilidade, por força, então, do próprio ordenamento”.

Nesse sentido, o art. 415 permite o juiz absolver o acusado sumariamente na ocorrência de quatro hipóteses: “I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime”.

E, por derradeiro, para que a competência do tribunal do júri não seja usurpada pelo juiz singular, as hipóteses de absolvição sumária devem estar previstas, expressamente, na lei e escoradas em ampla fundamentação, já que “a absolvição sumária é, pois, uma decisão excepcional, daí por que deve exigir ampla fundamentação” (OLIVEIRA, 2018, p. 749).

2.3.2.2 As decisões proferidas na segunda fase ou juízo da causa

2.3.2.2.1 A decisão dos jurados

Conforme anteriormente mencionado, após o encerramento dos debates em plenário e feitos os esclarecimentos necessários, passa-se a votação dos jurados, que é realizada na forma de quesitos.

Importante frisar que os quesitos correspondem à formulação de perguntas, que deverão ser respondidas, necessariamente, com um *sim* ou com *não*, e serão apresentados aos jurados na ordem definida no art. 483 e parágrafos do Código de Processo Penal:

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;
- IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
- V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2016, p. 842) explica que, “somente podem ser quesitadas as matérias de fato, jamais conceitos jurídicos (como culpa, dolo, consumação, tentativa etc.), e as perguntas devem ser redigidas em proposições afirmativas, simples e distintas” para que os jurados possam compreender o que significam.

E, conforme explica Oliveira (2018, p. 766), é necessário que os quesitos “abranjam toda a matéria alegada pela defesa, em qualquer fase, além, é óbvio, da imputação da peça acusatória, nos limites, porém, da pronúncia”.

Lopes Jr. (2016, p. 842-850) explica, detalhadamente, a ordem dos quesitos e os seus desdobramentos, esclarecendo que “o primeiro quesito obrigatoriamente deverá versar sobre a materialidade do fato” e que a resposta positiva de, no mínimo, quatro jurados “afirma a existência do fato e autoriza a formulação dos demais quesitos”. Por outro lado, “a resposta negativa por parte de 4 jurados (ou mais) conduz à imediata absolvição do réu, encerrando-se a votação e o julgamento”.

Sobre esse quesito, Oliveira (2018, p. 766) destaca que “a indagação deverá abranger, sobretudo, o resultado, ou seja, a efetiva lesão ao bem jurídico, tal como narrado na acusação e reconhecido na pronúncia”.

Decidindo o júri pelo reconhecimento da materialidade delitiva, o segundo quesito versará sobre a autoria ou participação do acusado na empreitada criminosa, e “a resposta positiva por parte de 4 jurados (ou mais) implica o reconhecimento de que o réu é autor (coautor ou partícipe) do fato”. Enquanto “a resposta negativa conduz à imediata absolvição” (LOPES JR., 2016, p. 843-844).

Nesse ponto, Lopes Jr. (2016, p. 845) atenta para a possibilidade de desclassificação da infração imputada ao acusado. O autor explica que poderá ocorrer a desclassificação: a) própria, onde o crime deixe de ser competência do júri fazendo com que o juiz presidente decida o caso; ou b) imprópria, quando, mesmo desclassificado, o crime continua sendo de competência do júri.

O autor ainda destaca que “o crime conexo segue o crime principal e, com a desclassificação [imprópria] do prevalente, não pode sequer ser objeto de quesitação ao conselho de sentença” (LOPES JR., 2016, p. 847).

Desta forma, o autor pontua que a relevância prática na distinção entre a desclassificação própria e imprópria é que nesta última “os jurados firmam sua competência e, portanto, seguem competentes para julgar os eventuais crimes conexos” (LOPES JR., 2016, p. 849).

O terceiro quesito, caso sejam respondidos positivamente os anteriores, versará sobre a possibilidade de absolvição do acusado pelo júri, e engloba todas as teses defensivas, e, “se os jurados responderem de forma negativa, estará condenado o réu, pois rechaçada sua tese defensiva” (LOPES JR., 2016, p. 844).

Oliveira (2018, p. 767) aduz que, “em uma jurisdição na qual a decisão dispensa motivações não há de espantar a possibilidade de solução imediata da causa, pela antecipação do convencimento do jurado”.

Decidindo o júri pelo reconhecimento da materialidade e autoria delitivas e não rechaçando a tese defensiva, serão quesitadas as causas de diminuição de pena alegadas pela defesa. E por fim, serão indagados os jurados sobre a existência de qualificadoras e causas de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Ressalta-se também que “as circunstâncias agravantes e atenuantes não constarão de quesitos, devendo ser reconhecidas por ocasião da sentença” (OLIVEIRA, 2018 p. 769), desde que alegadas pelas partes nos debates (artigo 492, inciso I, alínea b, do Código de Processo Penal).

2.3.2.2.2 A decisão do juiz presidente

Caso o conselho de sentença decida pela condenação do réu, o juiz-presidente proferirá a sentença nos limites do que foi determinado pelos jurados, e conforme preleciona o art. 492, inciso I, do Código de Processo Penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;
- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;
- d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;
- e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;
- f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

Lopes Jr. (2016, p. 852) pontua que “caberá ao juiz realizar a dosimetria da pena, a partir das diretrizes do art. 59 do Código Penal e do art. 492 do CPP”, ou seja, aplicando as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes alegadas nos debates e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena que foram reconhecidas pelo júri, entre outras disposições, previstas tanto nesse artigo em comento quanto no art. 387 do mesmo diploma legal, como a possibilidade de se decretar prisão preventiva.

Contudo, na hipótese de absolvição pelos jurados, o juiz deverá observar art. 492, inciso II, do Código de Processo Penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

II – no caso de absolvição:

- a) mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso;
- b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas;
- c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

Portanto, quando o conselho de sentença decidir pela absolvição do acusado, a sentença cessará qualquer constrição que, eventualmente, tenha recaído sobre o acusado, colocando-o em liberdade e revogando qualquer medida restritiva, de acordo com as alíneas ‘a’ e ‘b’.

De outro lado, caso os jurados decidam pela inimputabilidade do acusado, o juiz deverá absolvê-lo impropriamente, pois incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento¹¹, e aplicar medida de segurança, conforme disposto na alínea ‘c’.

Havendo desclassificação própria, o crime deixa de ser competência do júri, e o juiz presidente proferirá sentença conforme a desclassificação operada, bem como decidirá sobre os crimes conexos, conforme vemos nos §§ 1º e 2º do art. 492, do Código de Processo Penal:

§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

Por derradeiro, “a sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento” (art. 493 do Código de Processo Penal).

2.4 RECURSOS NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

2.4.1 Aspectos gerais sobre os recursos

2.4.1.1 Conceituação

Rangel (2009, p. 797) explica que recurso, do ponto de vista processual, “é um remédio

¹¹ Código Penal. Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

jurídico, com assento constitucional, visando ao reexame de uma decisão por um órgão superior ou pelo próprio órgão que proferiu a decisão impugnada”.

Para Lopes Jr. (2016, p. 971), “o fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado (até porque, consciente da falibilidade do julgador)”.

Esse autor conceitua recurso, ainda, como “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”.

No mesmo sentido, Nucci (2018, p. 434-435), explica que recurso “é o direito que possui a parte, na relação processual, de se insurgir contra as decisões judiciais, requerendo a sua revisão, total ou parcial, em instância superior”.

Outrossim, Oliveira (2018, p. 964) sintetiza o recurso como “direito de toda pessoa submetida a processo penal obter nova decisão sobre a matéria de seu interesse”.

2.4.1.2. Distinção entre recurso e ações autônomas de impugnações

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 26) comentam que se costuma distinguir os recursos das ações autônomas de impugnação, com o fato de que estas “se dirigem contra decisões já passadas em julgado, enquanto os primeiros são exercíveis antes do trânsito em julgado, visando exatamente a obstá-lo”.

Contudo, advertem esses autores, “é certo que o recurso será sempre anterior à formação da coisa julgada, mas o inverso não é verdadeiro: existem ações autônomas de impugnação oponíveis contra decisões não transitadas em julgado”, e, como exemplo, citam o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Desta forma, referidos autores concluem que o traço distintivo deve ser buscado em outro elemento, no qual, através do recurso, “não se instaura uma nova relação processual (um *novo processo*), operando-se por ele um mero prosseguimento da relação processual existente”. Contudo, a ação autônoma de impugnação “configura sempre o exercício de uma nova ação, dando vida a uma diversa relação jurídica processual” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 27).

Nesse norte, explica Lopes Jr. (2016, p. 973) que “os recursos são uma continuidade da pretensão acusatória ou da resistência defensiva”, e não se constituem, portanto, ações autônomas. Conforme explica esse autor, “a própria etimologia do vocábulo ‘recursus’ remete à noção de ‘retomar o curso’, jamais à de ‘estabelecer um novo curso’”.

2.4.1.3 O duplo grau de jurisdição

Sobre os recursos, Nucci (2018, p. 433) ainda explica que são formas de garantia individual do duplo grau de jurisdição, “voltada a assegurar que as decisões proferidas pelos órgãos de primeiro grau do Poder Judiciário não sejam únicas, mas submetidas a um juízo de reavaliação por instância superior”.

E complementa Oliveira (2018, p. 965) que “o duplo grau de jurisdição integra o exercício da ampla defesa, como uma de suas manifestações, e, mais, diríamos nós, uma de suas manifestações mais importantes”.

Destaca-se que o duplo grau de jurisdição não foi recepcionado expressamente pela Constituição de 1988, contudo, está presente na Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8.2, alínea ‘h’¹², e os direitos e as garantias previstos nos tratados e convenções internacionais integram o rol dos direitos fundamentais, conforme art. 5º, § 2º, da Constituição Federal¹³.

2.4.1.4 A sucumbência

Por derradeiro, como os recursos visam a reforma de uma decisão, exigem sucumbência da parte que o interpõe. Greco (2010, p. 334) explica que a sucumbência é “a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível”, ou seja, aquele que não se conformar com a decisão poderá recorrer demonstrando a voluntariedade dos recursos.

Sobre o tema, Tourinho Filho (2010, v. 4, p. 412) explica que recursos voluntários “são aqueles cujo ônus de interpô-los cabe, exclusivamente, àquele que sucumbiu. É apenas um ônus: recorre, se quiser”.

2.4.1.5 Recursos ordinários e extraordinários

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 30) explicam que os recursos se

¹² “Artigo 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

¹³ Art. 5 [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

subdividem em ordinários, “em que é possível a discussão das matérias de direito e de fato”, e extraordinários, “que só admitem impugnação quanto à matéria de direito”. Além disso, continuam os autores, “num outro sentido, afirma-se serem *ordinários* os recursos de admissibilidade geral, não sujeitos a requisitos especialíssimos”, enquanto os recursos extraordinários estariam “sujeitos a regras estritas de cabimento excepcional”. E concluem, afirmando que “a incerteza quanto aos conceitos de recursos ordinários e extraordinários no sistema brasileiro tem convencido alguns processualistas da pouca utilidade dessa classificação”.

Nesse viés, em que pese a possibilidade de interposição de recursos extraordinários para órgãos superiores, que não terão efeito suspensivo, o recurso em sentido estrito bem como a apelação possuem características próprias quando interpostos no procedimento do júri.

2.4.2 Espécies de recursos cabíveis contra as decisões proferidas no procedimento do júri

2.4.2.1 Recurso em sentido estrito

Nucci (2018, 439) conceitua recurso em sentido estrito como sendo o “recurso cabível para impugnar as decisões interlocutórias do magistrado, expressamente previstas em lei”, e Lopes Jr. (2016, p. 1.013) complementa, explicando que “trata-se de uma forma de impugnação cujos casos de cabimento estão expressamente previstos em lei”, sendo “uma figura desconhecida no direito comparado”.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 127-128) explicam que o recurso em sentido estrito “corresponde, em linhas gerais, ao agravo do Código de Processo Civil”, relatando que foi, nas Ordenações Manuêlinas, que surgem os agravos de petição e de instrumento, sendo mantidos nas Ordenações Filipinas.

Esses autores também afirmam que a denominação “recurso em sentido estrito” surgiu pela primeira vez no art. 437, n. 1, do Regulamento 120, que se referiu ao recurso inominado presente no Código de Processo Criminal do Império, de 1832, de “recurso tomado em sentido estrito” e, a partir de então, o nome foi adotado pela doutrina e pela jurisprudência para diferenciá-lo dos recursos em geral (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 128).

Concluem os mencionados autores, aduzindo que o nome se manteve no Código de Processo Penal atual, contudo, a tendência é que se transforme em agravo, assim como é no civil, e como também adotou a Lei de Execução Penal ao prever o agravo como forma de

impugnação de todas as decisões proferidas no processo de execução (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 128).

Assim, Tourinho Filho (2010, vol. 4, p. 426) afirma que o recurso em sentido estrito é um recurso inominado, pois recurso em sentido estrito “é remédio jurídico-processual pelo qual se provoca o reexame de uma decisão”.

Nesse viés, interposto o recurso, as partes apresentarão suas razões e contrarrazões, nos moldes e prazos determinados no artigo 588 do Código Processo Penal. Após, “cabe ao magistrado, em decisão fundamentada, manter ou alterar a decisão combatida” (TOURINHO FILHO, 2010, vol. 4, p. 430), nos termos do art. 589 do Código de Processo Penal.

Entre outras possibilidades, o recurso em sentido estrito pode ser interposto das decisões de pronúncia no procedimento do júri, conforme preceitua o art. 581, inciso IV, do Código de Processo Penal¹⁴, ou seja, “quando o juiz admite a acusação porque convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, encaminhando o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri” (LOPES JR., 2016, p. 1.016).

2.4.2.2 *Apelação*

Tourinho Filho (2006, p. 773) explica que, “sob o império Romano surgiu a *appellatio*, remédio que permitia ao litigante sucumbente dirigir-se ao juiz superior visando a reforma da decisão proferida pelo inferior”.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 91) comentam que, na apelação, em Roma, “havia renovação do juízo nos seus componentes de fatos e direito, com produção de prova, sendo emitida outra sentença em substituição à anterior; o recurso tinha sempre efeito suspensivo; era possível a *reformatio in pejus*” entre outras características.

No Brasil, o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, passou a prever a apelação com a devolução restrita aos limites da decisão impugnada, sem a possibilidade de nova produção de provas ou reforma para pior, sendo mantida nos sistemas processuais posteriores (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 92).

Assim, com base no artigo 593 do Código de Processo Penal, Mirabete (2007, p. 656) explica que “a apelação é um recurso genérico, cabível nas sentenças definitivas ou com forças de definitivas do juiz singular e das decisões do Tribunal do Júri nas hipóteses mencionadas expressamente nesse mesmo dispositivo”, demonstrando-se num “eficaz instrumento processual para a atuação do princípio do duplo grau de jurisdição” (GRINOVER; GOMES

¹⁴ Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] IV – que pronunciar o réu;

FILHO; FERNANDES, 2009, p. 92).

Nos casos de interposição do recurso de apelação das decisões preferidas pelo conselho de sentença, destaca-se que não é possível o tribunal superior substituir o julgamento popular por outro ante a soberania dos vereditos que detêm os jurados (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 98), ou seja, a apelação é admitida, contudo, limitada à anulação do julgamento, para que outro seja proferido pelo tribunal do júri, salvo se a insurgência estiver relacionada à decisão do seu juiz-presidente.

Nas palavras de Nucci (2018, p. 459), “garante-se o duplo grau de jurisdição, ao mesmo tempo em que se busca preservar a soberania dos vereditos”.

Desta forma, diz-se que a apelação da decisão do júri é de fundamentação vinculada, ou seja, “deve a parte indicar, já na petição de interposição, qual é o fundamento legal do recurso, ou seja, em que alínea ou alíneas se funda o recurso” (LOPES JR., 2016, p. 1.033), portanto, nas palavras de Jesus (1995, p. 409) “o conhecimento do Tribunal fica circunscrito aos motivos invocados na interposição”.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 713, dispondo que “o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”.

Por derradeiro, Oliveira (2018, p. 994) esclarece que essa vinculação da fundamentação da apelação do júri decorre do princípio da soberania dos vereditos, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII).

O artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal, prevê quatro hipóteses de cabimento de apelação da decisão do júri.

A primeira hipótese trata de possibilidade de “nulidade posterior à pronúncia”¹⁵. Conforme explica Lopes Jr. (2016, p. 1.034), “a decisão de pronúncia, uma vez preclusa, encerra a primeira fase do rito do Tribunal do Júri”, sanando, em tese, todos os possíveis vícios existentes até então.

Contudo, advertem Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 99-100) que “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 posteriores”.

De todo modo, sendo provido o apelo, o tribunal *ad quem* “deverá determinar a repetição do julgamento, pois, como explicamos anteriormente, se o ato foi feito com defeito, deve ser refeito” (LOPES JR., 2016, p. 1035-1036).

A segunda hipótese trata da possibilidade de o juiz-presidente decidir contrariamente à

¹⁵ “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia”;

lei expressa ou à decisão dos jurados¹⁶.

Lopes Jr. (2016, p. 1036) ensina que “no rito dos crimes de competência do Tribunal do Júri o julgamento é feito pelos jurados, que decidem o caso penal, cabendo ao juiz, apenas, realizar a dosimetria da pena em caso de condenação”.

Desta forma, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 101) explicam ambas hipóteses de cabimento do recurso de apelação com base nessa alínea. A primeira, quando a decisão do juiz-presidente contrariar a decisão dos jurados, exemplificam com um caso em que os jurados admitem a prática do homicídio qualificado por motivo fútil e o juiz condena o réu por homicídio simples. Já na segunda hipótese, “a sentença está em conformidade com o veredicto popular, mas contraria a lei”, e ilustram com o caso de condenação de seis anos de reclusão por homicídio simples, com fixação do regime inicial fechado para resgate da reprimenda ante o *quantum* da pena aplicada.

Em ambas as hipóteses, “o tribunal poderá corrigir, ele mesmo, o equívoco, para adequar a decisão aos termos da lei ou do pronunciamento do Conselho de Sentença” (OLIVEIRA, 2018, p. 995), nos moldes do art. 593, § 1º do Código de Processo Penal¹⁷, ou seja, não há necessidade na realização de uma nova sessão do júri, de modo que, conforme Lopes Jr. (2016, p. 1.037), não se trata de violação à soberania das decisões do júri, “pois o tribunal está retificando um erro do juiz, e não modificando a decisão dos jurados”.

A terceira hipótese de cabimento de apelação no procedimento do júri trata do “erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança”¹⁸.

Lopes Jr. (2016, p. 1.038) explica que, nesse caso, a sentença está de acordo com o decidido pelos jurados, contrariamente à alínea anterior, “mas existe um defeito na dosimetria da pena”.

No mesmo norte, Oliveira (2018, p. 995) aduz que a apelação baseada nessa alínea “diz respeito à não observância dos critérios legais na sua dosimetria, ou mesmo no que se refere à operação de fixação dos limites a serem seguidos em cada fase de aplicação da pena”.

Com base no art. 593, § 2º, do Código de Processo Penal¹⁹, Lopes Jr. (2016, p. 1.039) esclarece que “se o tribunal der provimento à impugnação fundada nesta alínea ‘c’, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança, sem que o julgamento pelo Tribunal do Júri seja renovado”. Complementando, Oliveira (2018, p. 996) afirma que “se trata de possibilidade de

¹⁶ “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados”;

¹⁷ “Art. 593. [...] § 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal *ad quem* fará a devida retificação”.

¹⁸ “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança”.

¹⁹ “Art. 593. [...] § 2º Interposta a apelação com fundamento no nº III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança”.

revisão de ato do Juiz-Presidente, o que não põe em risco a soberania popular do júri”.

Por derradeiro, a última hipótese de cabimento de apelação no júri, acontece quando “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”²⁰.

Sobre o tema, Lopes Jr. (2016, p. 1040-1041) defende a impossibilidade de interposição de apelação pela acusação com base nessa alínea quando a absolvição do réu se der através do quesito “o jurado absolve o acusado?”, pois, “com a inserção do quesito genérico da absolvição, o réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico”.

Em contrapartida, o autor defende que, “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’”.

Em que pesem as críticas feitas pelo autor, esse explica que essa alínea “permite a impugnação das decisões condenatórias ou absolutórias do Tribunal do Júri, estabelecendo a discussão sobre a (in)adequação da decisão em relação ao contexto probatório”.

Nesse viés, Oliveira (2018, p. 996) nos ensina que “o que estará sendo questionado é a própria decisão do júri, configurando verdadeira exceção à regra da soberania dos veredictos”. E por isso mesmo só terá cabimento quando a decisão dos jurados for “destituída de qualquer apoio na prova produzida” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 103).

Nas palavras de Lopes Jr. (2016, p. 1041), “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”.

Se provido o apelo pelo tribunal *ad quem*, Nucci (2007, p. 927) ensina que “o ideal é anular o julgamento, em Juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos”.

Por derradeiro, destacam Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 104) que “não será admitida segunda apelação com base no inc. III, *d*, pelo mesmo motivo, entendendo-se por mesmo motivo a mesma hipótese de cabimento, ou seja, o mesmo fundamento legal”.

2.4.2.3 Embargos infringentes e de nulidade

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 163) explicam que os embargos infringentes e de nulidade ingressaram no ordenamento processual penal, no ano de 1952, por

²⁰ “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:[...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”.

meio da Lei n. 1.720-B, que imprimiu a seguinte redação ao parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal:

Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Referidos autores também explicam que os embargos infringentes e de nulidade, apesar da aparente dualidade, constituem-se em um só recurso, e a distinção “é explicada pela natureza da matéria nele debatida: material ou exclusivamente processual”.

Por outro lado, Lopes Jr. (2016, p. 1056) defende que se trata de “dois recursos (atente-se para a conjunção aditiva ‘e’) com o mesmo tratamento legal e sistemática de processamento”.

De todo modo, os embargos infringentes e de nulidade é recurso exclusivo da defesa, fundado no receio de um julgamento injusto contra o réu, “pois a existência de um voto mais favorável constitui indício de que a solução dada à causa, no mínimo, não é pacífica” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 163), tutelando o direito de defesa do acusado.

Contudo, Oliveira (2018, p. 1016) sustenta que esse recurso poderá, também, ser interposto pelo Ministério Público, desde que em favor da defesa, ante a sua condição de *custos legis*.

São oponíveis contra decisão *não unânimes* de segundo grau no julgamento de apelações e recursos em sentido estrito, quando houver algum *voto favorável* à defesa.

A divergência existente entre os votos proferidos delimitará a extensão da matéria que poderá ser impugnada pelos embargos infringentes e de nulidade, “se o desacordo for *total*, integral, será o reexame da matéria decidida no julgamento que ensejou os embargos; se *parcial*, a impugnação pela via dos embargos estará limitada ao que ficou decidido sem unanimidade” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 166).

Nessa esteira, Lopes Jr. (2016, p. 1058) explica que a divergência deve ser na decisão e não na sua fundamentação, de modo que, se “dois desembargadores mantiverem a condenação com base em determinada prova e o terceiro divergir na valoração probatória, mas igualmente condenar, apenas com base noutros elementos, não há que se falar em embargos infringentes”.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 167) ensinam, também, que o recurso será julgado por uma turma ampliada de juízes ou desembargadores, composta por um relator e um revisor, além dos integrantes da turma julgadora da decisão recorrida, e que “a competência para o julgamento dos embargos infringentes será determinada em razão da estrutura interna do tribunal e da distribuição de competência entre seus órgãos”.

E Lopes Jr. (2016, p. 1057) complementa aduzindo que, “como regra, os Regimentos

Internos dos Tribunais preveem que o relator dos embargos não seja o mesmo relator da apelação ou recurso em sentido estrito, o que nos parece imprescindível, sob pena de grave violação da imparcialidade do órgão julgador”.

Por derradeiro, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 168) lecionam que o recurso “*devolve* ao órgão competente o conhecimento da matéria que porventura tenha sido objeto de divergência no julgamento do recurso anterior” e, por envolver os magistrados que proferiram a decisão anterior, representa, também, um juízo de *retratação*.

2.4.2.4 Recurso especial e extraordinário

Lopes Jr. (2016, p. 1.074) explica que os recursos especial e extraordinário são “meios de impugnação extraordinária, na medida em que – respectivamente – o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) não reexaminam todo o julgamento, senão que se limitam ao aspecto jurídico da decisão impugnada”. Complementa Oliveira (2018, p. 1028), afirmando que os referidos recursos funcionam “sobretudo como instrumento de tutela da legislação infraconstitucional (pelo Superior Tribunal de Justiça) e da própria Constituição (pelo Supremo Tribunal Federal)”.

O recurso extraordinário está previsto no art. 102, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

E o recurso especial encontra previsão legal no art. 105, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Ambos os órgãos superiores (STJ e STF) possuem súmulas próprias (Súmula 7 e Súmula 279 respectivamente) para afastar os recursos que pretendam, apenas, reexaminar provas, funcionando como segunda apelação.

No entanto, advertem Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 201) que “não se

exclui, entretanto, a reapreciação de questões atinentes à disciplina legal da prova e também a qualificação jurídica de fatos assentados no julgamento de recursos ordinários”. Sobre o tema, Lopes Jr. (2016, p. 1075) aduz que “nem sempre a distinção entre questões de fato e questões de direito é tão cartesiana; na realidade é uma distinção tênue e complexa”.

Ademais, Oliveira (2018, p. 1028 4 1034) explica que o recurso especial é meio de controle difuso da legislação infraconstitucional enquanto o recurso extraordinário é meio de controle difuso da constitucionalidade das leis.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 200) explicam que os recursos extraordinários, em sentido lato, são típicos de sistemas federativos que possuem uma pluralidade de fontes normativas e órgãos judicantes, pois preveem mecanismos de revisão das decisões de tribunais locais, sempre que a discussão envolver matéria de direito federal. E, por isso mesmo, os recursos extraordinários pressupõem o exaurimento das vias recursais ordinárias. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 281 com a seguinte redação: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 202) explicam, ainda, que “não são admissíveis quando a decisão recorrida versar exclusivamente sobre direito estadual ou municipal”, e que “somente na hipótese de já haver um pronunciamento irrecorrível no âmbito do órgão jurisdicional inferior é que estará presente a razão política que recomenda a intervenção do STF ou do STJ”. Esses autores referem-se, ainda, à Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

Outro requisito básico para admissão dos recursos extraordinário e especial é o prequestionamento, entendido como “provocação das instâncias ordinárias (normalmente os tribunais de segundo grau) acerca da questão de direito controvertida, de modo a se obter ali um pronunciamento judicial prévio, sob o qual se interporá o recurso cabível (especial ou extraordinário)” (OLIVEIRA, 2018, p. 1032).

Nesse ponto, destacamos a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal que dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Sobre o tema, Lopes Jr. (2016, p. 1088) explica que não basta a parte ventilada a violação à norma constitucional ou federal, “a questão deve ter sido decidida pelo tribunal *a quo*, e, caso isso não seja feito, deve a parte interpor os embargos declaratórios para forçar a manifestação sobre a violação alegada”. Esse autor ainda explica a distinção entre prequestionamento explícito (o acórdão recorrido expressamente enfrenta a questão federal ou constitucional arguida) e implícito (o tribunal *a quo* dilui a problemática ao longo da fundamentação, sem

enfrentamento expresso), concluindo que “a jurisprudência do STF tem indicado que a Corte só admite o questionamento explícito”.

Por outro lado, a Emenda Constitucional n. 45 acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Portanto, além dos outros requisitos, necessário se faz demonstrar a *significação política* dos temas constitucionais versados na impugnação para admissão do recurso extraordinário (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 204).

Como base em informações do próprio STF, Lopes Jr. (2016, p. 1090) explica as finalidades da exigência da repercussão geral, sendo elas: 1) firmar a atuação do STF apenas como Corte Constitucional e não instância recursal; 2) levar a julgamento apenas questões relevantes para a ordem constitucional; e 3) fazer com que o STF decida de maneira uma cada questão constitucional.

Por derradeiro, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 209) destacam que “o constituinte estabeleceu uma distinção entre o recurso extraordinário e o especial: para o primeiro, não é necessário que tenha sido a decisão proferida por um *tribunal*, ao passo que, para acesso ao STJ, isso é indispensável”.

2.4.2.5 Embargos declaratórios

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 169) afirmam, inicialmente, que os embargos eram apenas obstáculos à execução da sentença, transformando-se, posteriormente, em pedido de reconsideração, constituindo-se, atualmente, em verdadeiro recurso, “que visa ao resultado útil de expurgar a decisão dos vícios da ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão”.

Os autores explicam que “as decisões judiciais devem ser claras e precisas, e só quando o forem surgirão elas íntegras e perfeitas”.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2016, p. 1.062) esclarece que “os embargos declaratórios servem para impugnar o ato decisório que não cumpra esses requisitos mínimos, permitindo que o juiz esclareça e até supra eventuais omissões”.

Sobre a ambiguidade, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 171) explicam que “pode resultar do emprego de termos de acepção dupla ou múltipla, sem que do contexto ressalte o verdadeiro sentido no caso. Não se trata senão de um degrau de obscuridade” que,

por sua vez, “pode ser grande ou pequena”.

Já a contradição ocorre quando “constam da decisão proposições inconciliáveis entre si”, e a omissão “configura-se quando o juízo ou tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício; ou quando não se manifesta sobre algum tópico da matéria submetida à sua apreciação” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 172-173).

Sobre a omissão, importa mencionar o texto da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”, o que faz com que os embargos sejam utilizados com a finalidade de prequestionamento da matéria para fins de interposição dos recursos extraordinário e especial.

Costuma-se dizer que os embargos declaratórios não possuem efeito modificativos da decisão, visando, somente, “tornar clara a decisão embargada, livrando-a de imperfeições, mas sem alterar-lhe a substância” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 178).

Esclarecem Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 179) que a decisão dos embargos declaratórios, poderá, por vezes, assumir efeitos infringentes, isto é, modificando o julgado anterior.

Contudo, advertem, “não se tem admitido o efeito infringente dos embargos para aumentar a pena, impondo-se que, para esse fim, se utilize outro recurso cabível”.

Em sentido oposto, Oliveira (2018, p. 1018) defende que é possível majoração da pena por meio de embargos declaratórios opostos pela acusação, desde que resultante do seu acolhimento.

3 AS GARANTIAS DA VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* E DA SOBERANIA DOS VEREDITOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo trata das garantias processuais penais, sobretudo da garantia da soberania dos vereditos, prevista no procedimento do tribunal do júri. Dividido em três itens, tratará o primeiro de conceituar e distinguir direitos e garantias; o segundo, da garantia da vedação da *reformatio in pejus*; e, por fim, o terceiro, da garantia da soberania dos vereditos.

3.2 GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

3.2.1 Conceito e distinções entre direitos e garantias

3.2.1.1 Direitos

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira em nosso ordenamento brasileiro a utilizar as expressões Direitos e Garantias Fundamentais, abrangendo as diversas espécies de direitos, como os direitos individuais, coletivos, de nacionalidade (SARLET, 2018, p. 306).

Contudo, aponta Sarlet (2018, p. 27) que, apesar da nomenclatura adotada pelo constituinte, outras também são adotadas largamente pela doutrina e até pelo direito positivo, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais” etc. Inclusive, a própria constituição utiliza-se de uma diversidade semântica, como direitos humanos, no seu art. 4º, inciso II, direitos e garantias fundamentais, em epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º, e ainda direitos e garantias individuais, no art. 60, §4º, inciso IV.

E o autor defende que, embora a terminologia mais utilizada no âmbito internacional seja “direitos humanos”, a nomenclatura que mais se adequa com a nossa Constituição é mesmo “direitos fundamentais” (SARLET, 2018 p. 307).

Isso porque, para o autor, direitos fundamentais, apesar de também constituírem-se em direitos humanos já que inerentes ao ser humano, são aqueles “reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto os direitos humanos propriamente ditos seriam aqueles reconhecidos pela normatização internacional, aderindo caráter supranacional e universal (SARLET, 2018, p. 307).

Citando entendimento de Villalon, Sarlet (2018, p. 308) aduz que parece correto afirmar “os direitos fundamentais nascem e acabam com as constituições”. Assim, direitos humanos são aqueles desejáveis e perseguidos, apesar de não terem sido todos reconhecidos (BOBBIO, 2004, p. 15-16).

Saleme (2011, p. 99) explica que direitos e garantias constituem-se em direitos conquistados pelo povo em face dos governantes, e “refletem um conjunto de medidas destinadas a proteger a dignidade da pessoa humana”.

Portanto, os direitos são variáveis ao longo do tempo em decorrência das condições históricas, “o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 2004, p. 18).

Sarlet (2018, p. 310) destaca que essa transformação histórica dos direitos fundamentais é concomitante à história da limitação do poder estatal, e explica que Klaus Stern sintetizou essa trajetória histórica em três etapas, a saber: a) uma etapa pré-história, compreendida até o século XVI; b) uma etapa intermediária, baseada na doutrina jusnaturalista e dos direitos naturais do homem; e c) uma etapa de constitucionalização, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Nesse viés, a consolidação de direitos fundamentais como temos hoje, é fruto de uma maturação histórica (MENDES; BRANCO, 2016, p. 133-134), depreendendo-se que os direitos fundamentais não são os mesmos em todas as épocas.

Sarlet (2018, p. 311) pontua a relevância do pensamento de Santo Tomás de Aquino para a construção de direitos individuais, uma vez que professava a existência de duas ordens distintas, o direito natural e o direito positivo.

É a partir do século XVI que a doutrina do direito natural avança na formulação dos direitos da pessoa humana, e somente no século XVII que encontra eco e elaborada formulação com as obras de John Milton e Thomas Hobbes, entre outros (SARLET, 2018, p. 311).

Avançando no conceito histórico de direito, Sarlet assinala um marco conclusivo dessa fase dos direitos humanos com a obra de Immanuel Kant, para quem todos os direitos eram abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência (SARLET, 2018, p. 312).

Bonavides (2010, p. 562) defende que a universalidade inerente aos direitos se manifestou no racionalismo francês, através da celebração da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

De outro lado, Sarlet (2018, p. 314-315) admite uma disputa de paternidade entre a referida Declaração e a Declaração de Direitos do Povo da Virginia, de 1776, de origem norte-americana, defendendo que “foram os direitos consagrados nas primeiras emendas incorporadas

à Constituição norte-americana (a partir de 1791) que vieram a marcar a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”.

Aliás, o autor, citando lição de Martin Kriele, comenta a relevância de ambas as declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que “enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos” (SARLET, 2018 p. 315).

Ainda, Bonavides (2010, p. 562) destaca que as declarações anteriores a estas podiam ganhar em concretude, mas perdiam em abrangência, pois limitavam a uma camada social privilegiada, os barões feudais.

Baseado nas lições de Karel Vasak, a partir de uma conferência proferida em 1979, Sarlet (2018, p. 316) pontua a ideia de que a evolução dos direitos pode ser compreendida através da identificação de “gerações” de direitos.

O autor também assinala que a ideia de “gerações” transporta a ideia de substituição gradativa de uma geração por outra, defendendo o uso do termo “dimensões” dos direitos fundamentais pois mais condizente com o caráter cumulativo e complementar desses direitos (SARLET, 2018, p. 316).

Bem a propósito, Bonavides (2010, p. 563) esclarece que estes direitos de primeira, segunda e terceira geração correspondem aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

Sarlet (2018, p. 318) destaca que esses primeiros direitos reconhecidos nas constituições, são resultados do pensamento liberal-burguês do século XVIII, marcados por um cunho fortemente individualista, caracterizando-se como direitos do indivíduo perante o Estado, demarcando, segundo Bonavides (2010, p. 564), uma zona de limitação e não intervenção estatal na esfera privada, caracterizando-os como de resistência ou de oposição perante o Estado.

Com a industrialização e ascensão dos problemas sociais e econômicos que a acompanharam, ainda no século XIX, percebeu-se que aqueles direitos individuais de liberdade e igualdade já não bastavam para a efetividade da dignidade humana, gerando movimentos reivindicatórios e o conseqüente reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo um comportamento ativo ao Estado na realização da justiça social (SARLET, 2018, p. 318-319).

Sarlet (2018, p. 319) pontua que tais direitos, já previstos na Constituição Brasileira de 1824, caracterizam-se por assegurarem ao indivíduo uma prestação social por parte do Estado, como assistência social, saúde e educação, demonstrando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Contudo, destaca o autor, é no século XX, e em especial nas constituições do pós-guerras, que esses direitos de segunda dimensão são consagrados significativamente nas constituições.

Os direitos dessa segunda geração não englobam somente direitos de cunho positivo, uma vez que também consagraram as liberdades sociais, como liberdade de sindicalização, direito de greve, férias aos trabalhadores, entre outros (SARLET, 2018, p. 319).

Bonavides (2010, p. 569) comenta que a consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas culminou na busca à outra dimensão de direitos fundamentais, condizentes com a fraternidade humana, destinando-se à proteção de grupos humanos, caracterizados como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa) (SARLET, 2018, p. 320).

Ao contrário de Vasak, Etienne-R. Mbaya utiliza o termo direitos de solidariedade, que consistem em direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, entre outros e são reconhecidos com direitos de terceira geração (BONAVIDES, 2010, p. 569-70).

Sarlet (2018, p. 320) destaca que esses novos direitos surgiram a partir de reivindicações fundamentais do ser humano, “geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segunda pós-guerra e suas contundentes consequências”.

Sobre esses direitos de terceira dimensão, Bonavides (2010, p. 570) conta que ao contrário de Vasak, Etienne-R. Mbaya utiliza o termo direitos de solidariedade.

Ainda, Bonavides (2010, p. 570-571) defende a existência de uma quarta geração de direitos oriundos da globalização política na esfera da normatividade jurídica, correspondendo a uma fase de institucionalização do Estado social, e aponta como representantes dessa geração os direitos à democracia, à informação e direito ao pluralismo.

Para esse autor, os direitos de primeira, segunda e terceira geração são infraestruturais, formando uma pirâmide cujo ápice é o direito à democracia, de quarta geração (BONAVIDES, 2010, p. 572).

De outro lado, Sarlet (2018, p. 322) pontua que esse posicionamento de Bonavides está longe de obter o devido reconhecimento no direito interno e internacional, “não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade”.

O autor também comenta que não há consenso quanto a direitos de uma quinta geração, uma vez que alguns autores, como José Alcebíadas de Oliveira Junior e Antônio Carlos Wolkmer, defendem se tratar de direitos ligados aos desafios da sociedade tecnológica, envolvendo a internet e o ciberespaço, enquanto para outros autores, como José Adércio Sampaio, essa quinta geração de direitos abrangeria o dever de cuidado, amor e respeito para com todas as formas de vida (SARLET, 2018, p. 323).

Além disso, Sarlet (2018, p. 323) observa que alguns autores ainda apontam para existência de um direito de sexta geração, representado pelo direito de acesso à água potável,

baseando-se na gradual consagração de tal direito no cenário nacional e internacional, ainda mais pela inequívoca relevância da água para a vida, saúde e até mesmo desenvolvimento humano.

Contudo, defende que esses direitos de quarta, quinta e sexta dimensão poderiam ser reconduzidos de algum modo às três primeiras dimensões (SARLET, 2018, p. 323).

Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 32-22) baseando-se nas transformações históricas dos direitos fundamentais, demonstra que não existe um fundamento absoluto dos direitos fundamentais.

Bem a propósito, o autor pontua que esses direitos fundamentais derivam de um consenso, demonstrando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a maior prova histórica sobre um sistema de valores (BOBBIO, 2004, p. 27).

De todo modo, Bonavides (2010, p. 560) explica que, numa acepção lata, podemos entender que os direitos fundamentais hoje almejam “criar e manter os pressupostos elementares na liberdade e na dignidade humana”.

Na mesma linha, Saleme (2011, p. 99-100) define que direitos fundamentais seriam aqueles indispensáveis para a manutenção da vida humana, ou imprescindíveis para uma vida digna.

Contudo, também é possível entendê-los numa acepção mais restrita e normativa, sendo direitos fundamentais aqueles que a legislação vigente qualifica como tais (BONAVIDES, 2010, p. 560).

Nesse sentido, Sarlet (2018, p. 325-326) citando Canotilho aponta para “a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e material”, explicando que a acepção formalista encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria constituição, e a acepção material, por sua vez, implica análise do conteúdo dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, Sarlet (2018, p. 327) conclui defendendo que direitos fundamentais são aqueles em que todas as posições jurídicas concernentes às pessoas foram, expressa ou implicitamente, integrados à constituição e retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como aqueles que possam lhes ser equiparadas, tendo ou não, assento constitucional.

Ademais, Barroso (2010, p. 179-180) explica que a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é que se irradiam todos os outros direitos materialmente fundamentais, e que merecem proteção máxima, independentemente de sua posição formal, de geração a que pertencem ou do tipo de prestação que ensejam.

3.2.1.2 *Garantias*

Barbosa (1892, p. 194) de há muito já defendia uma distinção entre direitos e garantias, explicando que as disposições constitucionais declaratórias imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, enquanto as disposições assecuratórias são as que limitam o poder em defesa daqueles direitos, constituindo-se em garantias, “ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito”.

Bonavides (2010, p. 525) explica que as garantias derivam de *garant* do alemão *gewähren-gewähr-leistung*, e refletem “uma imposição que afirma a segurança e impõe cobro à incerteza e à fragilidade”. Desta forma, “existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”.

O autor ainda acentua que “a garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” (BONAVIDES, 2010, p. 526).

Na mesma senda, Mendes e Branco (2016, p. 167) conceituam garantia como “a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”.

De acordo com Tucci (2011, p. 55), esse dualismo – direito e garantia – é indispensável, pois estes tutelam aqueles através de instrumentos correspondentes de acordo com a sua grandeza, dignidade e importância.

Prossegue o autor contando que “estabelecidos os direitos fundamentais do indivíduo, devem ser, igualmente, estatuídas as garantias a eles correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante atuações judiciais” (TUCCI, 2011, p. 55).

Bonavides (2010, p. 526) esclarece que a distinção entre direitos e garantias foi realizada por publicistas de renome na América Latina que tiveram “justificada preocupação de fixar um conceito de garantia tanto quanto possível desembaraçado e independente do conceito de direito”.

Nessa acepção, citando trecho de Carlos Sánches Viamonte, Bonavides (2010, p. 527) expõe que “garantia é a instituição em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais [...]”.

Segundo Jorge Miranda, as liberdades assentam-se na pessoa, enquanto as garantias reportam-se em relação aos modos de organização e atuação do Estado. Desta forma, a proteção da liberdade contra o Estado é o polo jurídico da formulação conceitual de garantia que temos hoje (BONAVIDES, 2010, p. 528-529).

Bonavides (2010, p. 531-532) conta que para o doutrinador Amancio Alcorta, assim como para muitos outros publicistas do liberalismo hispano-americano e luso-brasileiros, “as garantias constitucionais são as garantias individuais, não havendo distinção de significado no

emprego de ambas as expressões”, peculiar aos valores do liberalismo, concentrados sobre a liberdade e o indivíduo e não sobre igualdade e a sociedade.

De outro lado, Bonavides (2010, p. 532-533) distingue as garantias em acepção lata, como garantias da própria Constituição, e acepção estrita, como garantias dos direitos subjetivos expressos na Constituição.

Explica o autor que na acepção lata, as garantias funcionam como forma de manter a eficácia e permanência da ordem constitucional e conservação do Estado de Direito, sendo-lhe reservado o termo garantia constitucional por constitucionalistas italianos posteriores a Segunda Guerra Mundial (BONAVIDES, 2010, p. 533).

De outro lado, nessa acepção estrita, as garantias visam proteger direitos fundamentais através de remédios jurisdicionais providos pela ordem constitucional, sendo esta a acepção mais adotada pelos constitucionalistas latino-americanos (BONAVIDES, 2010, p. 533).

Outrossim, essas garantias constitucionais em sentido estrito podem ser entendidas como mecanismos de coerção direcionados as condutas contrárias ao exercício dos direitos fundamentais (MORAES, 2018, p. 285).

Na mesma direção, Silva (2005, pág. 412-413) distingue as garantias em gerais e constitucionais, sendo aquelas destinadas a assegurar a eficácia dos direitos constitucionalmente previstos, enquanto estas “consistem nas instituições, determinações e procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”.

De todo modo, Bonavides (2010, p. 534) pontua que as garantias “passaram por uma espécie de alargamento, visto que não ficaram tão somente circunscritas à guarda dos direitos individuais na projeção clássica do liberalismo”.

Desta forma, com o advento do Estado social substituindo o Estado liberal, a partir da República de Weimar, Carl Schmitt já reconhecia uma modalidade autônoma de garantias, denominada de garantias institucionais, que tratavam de uma proteção que a Constituição confere a determinadas instituições que reconhece como fundamentais para a sociedade (BONAVIDES, 2010, p. 535-537).

Bonavides (2010, p. 539), citando Klaus Stern, explica que “determinadas instituições jurídicas devem ser resguardadas de uma supressão ou ofensa ao seu conteúdo essencial ou esfera medular, por parte do Estado, sobretudo do legislador”.

Nesse cenário, a garantia institucional pode ser maior ou menor em cada Estado de acordo com o valor atribuído às suas instituições, conferindo mais flexibilidade e independência aos Estados do que na esfera dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2010, p. 541-542).

Bonavides (2010, p. 546-547) também conta que ao *habeas corpus*, praticamente única

forma de defesa das liberdades individuais contra arbítrios do Estado, foi acrescida, na Constituição de 1934, o *mandado de segurança*, que visa proteger o direito individual contra atos manifestamente inconstitucionais ou ilegais de qualquer autoridade administrativa.

A Constituição de 1988 trouxe, ainda, novas garantias processuais, como o *mandado de injunção* que deve ser concedido sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; o *mandado de segurança coletivo*, caracterizando-se pelo alargamento da legitimação para propositura daquele mandado de segurança já previsto desde 1934; e o *habeas data*, que visa garantir o acesso a informações relacionadas à pessoa impetrante, constantes de registros de banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público (BONAVIDES, 2010, p. 551-552).

Já no âmbito penal, Ferrajoli (2010, p. 494-495) divide as garantias em penais e processuais, explicando que aquelas dependem destas para serem efetivadas, e comenta que entre os conjuntos de garantias existem nexos estruturais e funcionais.

Nesse sentido, o autor explica que as garantias processuais são ditas como instrumentais pois garantem a efetivação das garantias penais, chamadas, por sua vez, de substanciais. Porém, as garantias penais também guardam uma vertente instrumental uma vez que visam garantir juízos não arbitrários. E, por isso, tanto as garantias penais quanto as processuais não valem apenas por si mesmas, senão para garantia recíproca de efetividade (FERRAJOLI, 2010, p. 495).

Contudo, tais garantias instrumentais não devem ser entendidas tão somente sob uma perspectiva técnica, pois também configuram instrumento para efetivar o acesso à justiça.

Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 86) esclarecem que “a própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”.

3.2.1.3 *Espécies de garantias processuais penais*

De acordo com Tucci (2011, p. 53), a atual Constituição, assim como as anteriores, contém vários dispositivos referentes ao Direito Processual Penal, e Ferrajoli (2010, 495-496) aponta a garantia da submissão à jurisdição como a principal garantia processual, da qual decorrem as demais, destacando três fundamentais garantias: a) *habeas corpus* imunizando o cidadão contra as restrições arbitrárias de sua liberdade; b) *reserva de jurisdição* que confere a

investigação e a repressão de práticas delituosas ao juízo legal de um sujeito imparcial e independente; c) *presunção de inocência* pois antes da conclusão do juízo legal ninguém poderá ser tratado ou punido como culpado.

Bem a propósito, Mossin (2014, p. 18) observa que ao contrário das Constituições anteriores, o atual constituinte expôs de forma expressa a expressão “devido processo legal”, de onde decorre o devido processo penal.

No ponto, Bissoli Filho (2016, p. 65) comenta que no início do século XX, o devido processo legal foi concebido como direito público subjetivo ante a sua orientação individualista, “porquanto destinado a resguardar algo que estava na esfera das faculdades individuais para ser usado ou não”. Contudo, essa concepção foi substituída por uma visão publicista, “passando o devido processo legal a ser concebido como garantia processual, e não como direito das partes, razão pela qual não podem os sujeitos da relação processual dele dispor”.

De acordo com Tucci (2011, p. 66) o devido processo penal deve observar algumas garantias para que possa privar as pessoas físicas de sua liberdade e de outros bens a ela correlatos, observando, ainda, todas as formalidades prescritas em lei.

Ressalta-se que referida garantia deriva da expressão *due process of law*, e pressupõe não somente seu desenvolvimento conforme a lei, mas também de acordo com todas as garantias previstas constitucionalmente (MOSSIN, 2014, p. 20).

Nesse sentido, de acordo com Moraes (2018, p. 118), o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando no âmbito material garantindo a liberdade e propriedade, como no âmbito formal, ao assegurando-lhe paridade de condições com o Estado e plenitude de defesa.

Bissoli Filho (2016, p. 65) acrescenta que no âmbito material, tal garantia diz respeito “ao processo como instrumento de concretização do direito material”, e no âmbito formal refere-se “à razoabilidade e ao senso de justiça que deve orientar os sujeitos do processo legislativo na produção legislativa, para que não produzam leis desarrazoadas e injustas”, bem como aos “sujeitos da relação processual formal (judicial e administrativo), para que não apliquem, nos casos concretos, normas desarrazoadas”.

Para Tucci (2011, p. 320), um dos corolários do devido processo legal, especificando-se o processo penal, é a *presunção de inocência*, que corresponde a uma não consideração prévia de culpabilidade. Referida garantia está insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal com o texto “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Igualmente, para Tourinho Filho (2010, p. 88-89) a *presunção de inocência* é um corolário do *due process of law*, assentando-se como um dos “princípios do direito natural

como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia”.

Tucci (2011, p. 321) explica que esta garantia visa assegurar ao acusado o direito de ser considerado inocente até que a sentença penal condenatória transite em julgado.

E acrescenta Mossin (2014, p. 100-101) contando que referida garantia não ostenta somente uma conotação perante o direito penal, mas também tem sua projeção diante do próprio direito processual penal, funcionando como um instrumento limitador do poder punitivo do Estado, uma vez que o indivíduo só poderá cumprir a pena a ele imposta quando não houver mais meios impugnativos.

O autor ainda destaca que a possibilidade de prisão cautelar, seja preventiva, temporária ou domiciliar, não fere a presunção de inocência, pois estas medidas são de caráter processual e utilizadas para garantir a eficácia de medida persecutória, não guardando relação com a prisão decorrente de sentença condenatória definitiva (MOSSIN, 2014, p. 103).

Coaduna com esse entendimento Tourinho Filho (2010, p. 89) sustentando que “a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou, então, para assegurar a efetivação da pena”.

Bissoli Filho (2016, p. 73) explica que, apesar de alguns autores tratarem o princípio da presunção de inocência como sinônimo do estado de inocência ou da não culpabilidade, estes não coincidem. Isso porque, para o autor, “a presunção de inocência trata, apenas, de uma ‘presunção’, e não de um estado jurídico-penal”, ou seja, referido princípio “sugere que a pessoa que praticou uma determinada conduta seja ‘presumida’ inocente, transmitindo uma ideia de que, de fato, não o seja, o que permitiria um prejulgamento”. De outro lado, o estado de inocência ou da não culpabilidade refere-se “à concepção de que existem dois estados pessoais penais do sujeito em relação à sua conduta: um de inocência, que permanece até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; e outro de culpado, que surge, somente, após esse momento processual”²¹.

Nessa senda, Bissoli Filho (2016, p. 84) comenta que, para Mariconde, a presunção de inocência seria um “exagero deformante da verdadeira situação do imputado”, já que o que existe “é efetivo estado de inocência, ou seja, essa garantia ‘não consagra uma *presunção* legal senão um *estado jurídico* do imputado, o qual *é inocente* até que seja declarado culpável por sentença firme”.

De toda forma, outra garantia relacionada ao devido processo corresponde ao juiz

²¹ A partir dessas explanações, o autor defende que a sentença penal, além do seu caráter condenatório, possui também um caráter constitutivo, posto que “é ela que faz surgir o crime ou a contravenção penal, e o criminoso ou o contraventor” (BISSOLI FILHO, 2016, p. 75)

natural, definida como uma “pré-constituição de órgão jurisdicional competente” (TUCCI, 2011, p. 101), isto é, “o órgão do Estado que, por previsão constitucional, esteja investido de jurisdição e que exerça esse poder de julgar (*iurisdictio*) dentro das atribuições fixadas por lei (competência), segundo as prescrições constitucionais” (MOSSIN, 2014, p. 40).

Citando Cândido R. Dinamarco, Tourinho Filho (2010, p. 65) menciona que referida garantia visa proteger o acusado e sua liberdade de possíveis desmandos dos detentores do poder, derivando daí a imposição de que o processo e julgamento fossem realizados por juiz já competente no momento em que praticado o ato a se julgar.

No ponto, Bissoli Filho (2016, p. 61) ainda explica a subsunção da norma ao fato investigado, só pode ser realizada pela autoridade competente, isto é, as sanções penais “definidas abstratamente na lei penal somente podem ser consideradas concretamente como tais se forem aplicadas pela autoridade judiciária, com observância do devido e justo processo penal”.

Com efeito, é importante mencionar que referida garantia também deriva do devido processo penal, dando-lhe mecanismo de garantia da própria aplicação do processo (MOSSIN, 2014, p. 40).

Sobre o antecedente histórico da referida garantia, Mossin (2014, p. 39-40) destaca que esta é reconhecida desde a Constituição Imperial de 1824, seguindo nas Constituições de 1891 e 1934. Todavia, o autor conta que na Constituição de 1937 inexplicavelmente a garantia deixou de constar no texto legal, voltando a constar na Constituição de 1946, assim como na de 1967 e por fim, na atual Constituição de 1988.

Ademais, a doutrina também se refere à garantia do promotor natural, aduzindo que a pessoa física que está sendo investigada, deve ser não só julgada, mas também *acusada* por órgão independente do Estado, previamente indicado em lei (TUCCI, 2011, p. 121-122). Isto porque a garantia do promotor natural, assim como a do juiz natural, decorre da redação do artigo 5º, inciso LIII, da atual Constituição Federal, que dispõe: “ninguém será **processado nem sentenciado** senão pela autoridade competente” (o grifo não está no original).

E, ainda sobre a garantia do juiz natural, Mossin (2014, p. 48) expõe que é necessário, além da singular circunstância de o órgão jurisdicional estar constituído para julgar determinado litígio penal, que essa competência seja plena e não contenha vícios capazes de pôr em dúvida a parcialidade do magistrado.

Bem a propósito, para que a imparcialidade do julgador seja efetiva, deve ele fruir de independência para que se veja livre de coações e influências constrangedoras que pudessem fazê-lo temer a perda do cargo. Daí decorrem as garantias conferidas à magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (TOURINHO FILHO, 2010,

p. 63).

A Constituição Federal prevê também a garantia da fundamentação das decisões judiciais, em seu artigo 93, inciso IX, dispondo:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...]
IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]

Além da previsão constitucional, o legislador ordinário repetiu a necessidade de fundamentação das decisões em diversos dispositivos, como se pode ver, a título exemplificativo, nos artigos 413²² e 414²³ do Código de Processo Penal, que tratam, respectivamente da pronúncia e da impronúncia nos procedimentos afetos ao Tribunal do Júri.

Sobre essa garantia, Mossin (2014, p. 58) explica que é parte integrante da própria história do direito, sobretudo a partir do iluminismo, quando os sistemas processuais inquisitoriais deram lugar aos sistemas acusatórios.

Conforme Tucci (2011, p. 195-196) o juiz detém liberdade para interpretar e aplicar livremente a lei, no entanto, essa liberdade não é ilimitada pois impescinde da fundamentação/justificação.

Explica o autor que é mediante a motivação que o magistrado demonstra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, assegurando a compreensão dos pontos questionados e a conclusão atingida (TUCCI, 2011, p. 196).

Assim, “a fundamentação das sentenças é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão” (CALAMANDREI, 2015, p. 115).

Para Cardoso (2012, p. 99) a fundamentação das decisões judiciais apresenta duas funções principais: endoprocessual e extraprocessual. A primeira corresponde a possibilidade de as partes e julgadores de instâncias superiores compreenderem as razões que levaram o juiz ou colegiado a decidir daquela forma. Já a segunda possibilita que todas as pessoas possam exercer democraticamente o controle das decisões tomadas pelo poder judiciário.

Desta forma, o autor defende um aspecto quadruplo da motivação das decisões judiciais: como princípio previsto constitucionalmente, como dever imposto aos juízes e tribunais, como direito ao assegurar ao acusado um julgamento livre de abusos e arbítrios, e por fim, como uma garantia de que as normas constitucionais e infraconstitucionais serão aplicadas (CARDOSO,

²² Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

²³ Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

2012, p. 102).

Para Ferrajoli (2010, p. 573), “o poder jurisdicional não é o ‘poder desumano’ puramente potestativo da justiça de cádi, mas é fundado no ‘saber’, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade”.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 59) “da norma inscrita no art. 5º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual”. Isto é, “as partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”.

Sobre o tema, Silva (2005, p. 216) deixa assente que a igualdade prevista na Constituição, não é uma igualdade formal, onde “a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”, mas sim uma igualdade material, que busca a igualização de condições dos desiguais.

O autor ainda desdobra referida garantia sob dois primas, proibindo o juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei, e proibindo, também o legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual (SILVA, 2005, p. 221).

Mossin (2014, p. 112) comenta que no âmbito processual, tal garantia possibilita “a coleta de elementos de convicção de maneira igualitária, o que se revela de inestimável valia para o magistrado formar seu livre convencimento”.

Contudo, observa Bissoli Filho (2011, p. 216) que a paridade de armas “não exclui a necessidade de, em determinadas situações, dar-se a uma das partes tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguarda a paridade de armas”.

Citando Antônio Carlos Marcato, Mossin (2014, p. 113) observa que a referida garantia relaciona-se intimamente com a garantia do contraditório, uma vez que dentro deste, visualizam-se a ampla defesa e a igualdade.

A respeito das garantias do contraditório e da ampla defesa, Oliveira (2018, p. 48) aduz que instituem-se como fundamentais a todo processo, “como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal”.

Tourinho Filho (2010, p. 72) explica que a garantia do contraditório “consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* — a parte contrária deve ser ouvida”, isto é, para Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 61), “o juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas”, e, por isso, deve ouvir ambas as partes, possibilitando que exponham suas razões, apresentem suas provas e influam sobre seu convencimento.

Complementa Oliveira (2018, p. 47) que o contraditório não é somente direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária, mas também como uma garantia de oportunidade de resposta na mesma intensidade e extensão. Ou seja, “o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade”.

Já a garantia da ampla defesa, mantém íntima ligação com a garantia do contraditório, mas com este não se confunde, pois “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação” (OLIVEIRA, 2018, p. 50).

Com efeito, para Mossin (2014, p. 30) a garantia da ampla defesa “oportuniza ao acusado produzir todos os meios de prova em direito admitidos, expor os argumentos que entender mais cabíveis para a solução a causa em litígio, bem como fazer uso de procedimento impugnativo (instância recursal)”.

E acrescenta Tucci (2011, p. 163) que a garantia da ampla defesa, pressupõe a atuação da defesa técnica, exercida por quem tenha capacidade postulatória, bem como da autodefesa, consubstanciada na atuação pessoal do investigado.

3.2.1.4 O tribunal do júri como garantia

Conforme alhures mencionado, a Constituição de 1824 previa que o Poder Judiciário seria composto de *juízes e jurados*. Já na Constituição seguinte, de 1891, o júri passou a ser previsto no capítulo destinado a “Declaração de Direitos”. Contudo, a Constituição de 1934 retomou o júri como parte do Poder Judiciário. E, por fim, as Constituições seguintes, de 1946, 1967, 1969 e a atual, de 1988, voltaram a situar o tribunal do júri **entre as garantias individuais**.

E por estar inserido nos direitos e garantias fundamentais, o tribunal do júri constitui-se em cláusula pétreia, conforme estabelece art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal²⁴, não podendo ser alterado ou suprimido nem por emenda constitucional.

Com efeito, Capez (2010, p. 630) leciona que a finalidade do tribunal do júri é de “ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida”. Portanto, por trata-se de garantia individual, “não pode ser suprimido nem por emenda constitucional, constituindo verdadeira cláusula pétreia (núcleo constitucional intangível). Tudo por força da limitação material explícita contida no art. 6, §4º, IV, da Constituição Federal” (CAPEZ, 2010, p. 630).

²⁴ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

No ponto, cumpre ressaltar que no tribunal do júri o indivíduo é julgado por seus pares, assim os jurados são retirados de extratos sociais semelhantes aos do réu, e dissociam-se dos julgamentos técnicos proferidos por juízes togados, contribuindo para um julgamento mais humano e sem apego ao positivismo jurídico.

Ferrajoli (2010, p. 531) conta que “a cultura iluminista contrastou unanimemente com a ideia do juiz técnico e profissional, optando por um juiz não técnico e popular em seu lugar,” rompendo com o paradigma anterior que procurava juízes concursados, ou seja, juristas de profissão. O autor ainda comenta que as qualidades que fazem um bom juiz não são técnicas, e essa nova concepção “alinhou-se principalmente em favor do modelo do ‘juiz cidadão’”.

Ademais, o Estado de Direito caracteriza-se pela criação de mecanismos de proteção ao indivíduo limitando a própria atuação estatal. Nesse contexto, a partir da divisão de poderes e da submissão do Estado à lei, surge o tribunal do júri como uma garantia aos indivíduos denunciados pela prática de crimes dolosos contra a vida.

Nesse cenário, a instituição do tribunal do júri retira o poder conferido a juízes togados, representantes do Estado, de julgar determinadas pessoas pela prática de determinado crime, transferindo-o à cidadãos do povo que não detêm nenhuma formação jurídica. Ou seja, com a retirada desse poder do juiz togado outorgando-lhe aos jurados, cria-se uma garantia ao indivíduo de que será julgado por seus iguais.

Por fim, em que pese ser minoritário, cabe mencionar o posicionamento de Forti sobre o tema, quando explica que por estar o júri inserido no Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, “o status conferido pela Constituição ao Tribunal do Júri impõe a imediata releitura da legislação infraconstitucional, para que uma garantia não se transforme numa imposição” (FORTI, 2009, p. 1).

O autor, citando Roberto Kant de Lima, explica que “no Brasil, o Júri não é tratado como direito subjetivo, como opção do acusado, mas sim como instituição judiciária obrigatória” (FORTI, 2009, p. 14), contudo, para o autor, o “artigo 5º pretendeu fazer do Tribunal do Júri uma garantia para o acusado”.

Isto é, para Forti (2009, p. 15-16), o júri deve funcionar como opção do acusado, já que inserido no Título destinado a Direitos e Garantias Individuais, podendo ele decidir se quer ser julgado por um juiz togado ou responder perante o corpo de jurados.

De toda sorte, o júri é hoje obrigatório a todos os acusados da prática de crimes dolosos contra a vida e, mesmo não previsto no capítulo destinado aos órgãos do Poder Judiciário, deve ser entendido com parte deste, porém, por opção do constituinte, foi previsto no Capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais exatamente por representar muito mais do que mera regra de competência.

3.3 A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*

3.3.1 Conceituação

3.3.1.1 *Reformatio in pejus direta*

A *reformatio in pejus* é uma reforma da decisão em prejuízo do réu, quando somente este recorre ao tribunal *ad quem*, ou seja, um agravamento tanto quantitativo quanto qualitativo na sua situação (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 39), sendo vedada pelo ordenamento jurídico penal no artigo 617 do Código de Processo Penal, que dispõe “o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos artigos 383, 386 e 387, no que for aplicável, **não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença**” (o grifo não está na redação original).

No ponto, Badaró (2018, p. 110) esclarece que a expressão “agravada a pena” deve ser entendida de forma ampla, referindo-se às espécies de penas, natureza da pena, quantidade, regime inicial, entre outros.

Na mesma direção, defendem Cunha e Pinto (2017, p. 364) que em que pese a legislação proibir somente o agravamento da pena do réu, esse impedimento não deve se restringir somente à pena, aplicando-se, também, a toda e qualquer situação que possa prejudicar o acusado.

Ademais, destaca Lima (2016, p. 1664) que em que pese o art. 617 referir-se ao apelo do réu, mencionado princípio deve incidir sobre qualquer espécie de recurso e até mesmo nas ações autônomas de impugnação. Para exemplificar, o autor cita o art. 626, parágrafo único, que, ao tratar da revisão criminal, também estabelece igual garantia ao apenado.

No mesmo sentido, Rangel (2009, p. 719) assevera que “a lei refere-se apenas ao recurso de apelação, porém não temos dúvida em afirmar que, tratando-se de recurso em sentido estrito (ou qualquer outro recurso), também não poderá ser agravada a situação do réu”.

Por isso, Lopes Jr. (2016, p. 988) explica que “diante de um exclusivo recurso da defesa, o tribunal pode dar provimento no todo ou em parte, ou manter intacta a decisão de primeiro grau. Em nenhuma hipótese pode piorar a situação do réu (exceto, é óbvio, se também houver recurso do acusador)”.

Na mesma direção, Badaró (2018, p. 109) ensina que o princípio da personalidade dos

recursos estabelece que os recursos só poderão beneficiar aquele que recorreu, explicando ainda que no sistema oposto, conhecido como *benefício comum*, a apelação era comum a ambas as partes, assim o Tribunal *ad quem* poderia decidir tanto em favor do recorrente quanto em seu prejuízo. O autor pontua que esse sistema é de origem romana e teve aplicação no Brasil enquanto vigoraram as Ordenações Filipinas.

Badaró (2018, p. 109-110) ainda aponta o aspecto psicológico da referida proibição, alegando que o acusado poderia deixar de recorrer pelo “temor de ser punido de um modo mais severo na segunda instância”.

Sobre o tema, Oliveira (2018, p. 939) aduz que os recursos interpostos pela acusação deverão obedecer a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, limitando a atividade jurisdicional de segunda instância.

Em casos tais, alega Lima (2016, p. 1664) que “há necessidade de que a matéria seja expressamente devolvida ao conhecimento do Tribunal pelo recurso da acusação”, pois o tribunal *ad quem* só poderá piorar a situação do acusado naquilo que fora expressamente requerido pelo órgão acusador, mesmo que a pena final, após a reforma, seja inferior à anterior, destacando que “a quantidade da pena final não é o único efeito a permear a condenação”.

Em sentido oposto, Mirabete (2007, p. 682) defende que o princípio da proibição da *reformatio in pejus* não impede o órgão *ad quem* de reconhecer circunstâncias que agravem a pena, “impedindo-o, tão-somente, de agravar a sanção final”. Ou seja, para o autor, o Tribunal superior poderá agravar a pena em alguma das etapas de sua aplicação, desde que, ao final, a sanção final não seja agravada.

Conquanto, conclui Tourinho Filho (2010, p. 404) que como não há alguém requerendo exasperação da pena, não deve o tribunal fazê-lo, pois “a proibição da *reformatio in pejus* é consequência lógica do sistema acusatório”.

3.3.1.2 Reformatio in pejus indireta

Oliveira (2018, p. 939) explica que a maior problemática da *reformatio in pejus* não se encontra na modificação da decisão pelo tribunal *ad quem*, mas nas hipóteses em que este anula a decisão anterior, devolvendo o processo para o juízo *a quo*.

O autor explica que nestes casos, não há que se falar em decisão *in pejus* pelo tribunal superior, pois apenas deu provimento ao recurso da defesa, reconhecendo uma nulidade aventada e devolvendo o processo para julgamento. O prejuízo ocorreria quando na nova decisão, o juiz *a quo* confirma ou repete a condenação, porém aplicando sanção mais grave

(OLIVEIRA, 2018, p. 939-940).

Lopes Jr. (2016, p. 989) complementa esclarecendo que a *reformatio in pejus* “é indireta porque a piora na situação do réu não foi causada, diretamente, pelo tribunal, julgando o recurso. Mas, sem dúvida, o tratamento mais grave foi efeito do acolhimento do recurso da defesa”.

Assinala Badaró (2018, p. 113) que “o prejuízo será indireto: somente resultando da comparação da primeira sentença, não com o resultado o julgamento da apelação (que anulou a sentença), mas com a segunda sentença, que também condenou o acusado, mas a uma pena maior”.

Em casos tais, defende Oliveira (2018, p. 939-940) que há uma restrição à atividade judicante, estando vedada por entendimento jurisprudencial, a *reformatio in pejus* indireta, decorrente da anulação, pelo Tribunal Superior, de decisão do juízo *a quo*, devolvendo o processo para prolação de nova decisão, quando somente a defesa recorrer daquela primeira sentença.

Sobre o tema, Lima (2016, p. 1667) aduz que a “vedação da *reformatio in pejus* indireta retrata hipótese excepcional em que um ato nulo – sentença anulada pelo Tribunal em recurso exclusivo da defesa – produz o singular, mas compreensível efeito de limitar a pena que venha a ser aplicada em decisão superveniente”.

Tourinho Filho (2010, p. 409) explica que, como a decisão transitou em julgado para a acusação, sem possibilidade de agravamento da pena, não faz sentido que diante da anulação do processo, o juiz aplique, na nova sentença, pena mais grave, pois “os réus ficariam receosos de apelar e essa intimidação funcionaria como um freio a angustiar a interposição de recursos”.

Coaduna com esse posicionamento Capez (2010, p. 416), utilizando como exemplo o réu condenado a um ano de reclusão que apela e obtém a nulidade arguida, defendendo o autor que na nova condenação, o juiz poderá impor-lhe, no máximo, a mesma pena de um ano de reclusão, pois “do contrário o réu estaria sendo prejudicado indiretamente pelo seu recurso”.

Em sentido oposto, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, 9. 41) defendem que “para que a *reformatio in pejus* se verifique, deve haver diferença para pior entre a *decisão recorrida* e a *decisão no recurso*”, desta forma, por falta de texto expresso, o ordenamento não proíbe a *reformatio in pejus* indireta.

Concluem ainda os autores que “em qualquer caso, haverá sempre a anomalia de se reconhecer a influência de uma sentença nula sobre a válida” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 41).

3.3.1.2.1 *Reformatio in pejus* indireta por incompetência do juízo de origem

Há, também, grande discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a proibição da *reformatio in pejus* indireta decorrente de nulidade do primeiro julgamento pela incompetência absoluta do juízo de origem.

Badaró (2018, p. 117) explica que o fundamento dessa corrente que visa proibir a *reformatio in pejus* nestes casos é que a “decisão anterior, que serviria para fixar o teto da pena, não seria simplesmente nula, mas inexistente”.

Contudo, adverte o autor que a violação que gera inexistência do processo decorre da falta de investidura. Enquanto nos casos de juiz constitucionalmente incompetente há a investidura, sendo esta um pressuposto de existência do processo. Por isso, conclui o autor, a incompetência do juízo é pressuposto de validade e não de existência do processo, desta forma, a sua não observância, acarreta nulidade (BADARÓ, 2018, p. 117).

Sobre o tema, Lima (2016, p. 1668) defende que é inadmissível que a pena se agrave em decorrência de um recurso manejado exclusivamente pela defesa, mesmo que seja hipótese de reconhecimento da nulidade absoluta pela incompetência do juízo, sustentando que “não se admite a imposição de efeitos mais gravosos ao réu do que aqueles que subsistiriam com o trânsito em julgado caso não tivesse recorrido. Entender-se o contrário consubstancia violação frontal à proibição da *reformatio in pejus*”.

No ponto, o autor explica a existência de um efeito prodrômico, ou seja, “estabelecer o limite máximo de pena a ser eventualmente imposta ao acusado na nova sentença prolatada pelo juízo competente” (LIMA, 2016, p. 1668).

Na mesma direção, defende Oliveira (2018, p. 940), alterando seu posicionamento anterior, que “se o fundamento da regra repousa na afirmação da liberdade recursal da defesa, de modo a não reduzir a sua pretensão de modificação da condenação, deve ele prevalecer também sobre o juiz natural”.

De outro lado, Tourinho Filho (2010, p. 410) defende que se o reconhecimento da nulidade por incompetência do juízo gerar o efeito prodrômico, haverá uma violação ao princípio constitucional do juiz natural, pois surgiria uma limitação ao juiz competente baseado na decisão anterior proferida por juízo destituído de “poder” constitucional.

Para o autor, “se a nulidade decorrer de incompetência absoluta, a decisão funcionará como ato inexistente”, e por isso, o juízo competente teria plena liberdade para julgar e aplicar a pena, sem limitações (TOURINHO FILHO, 2010, p. 410).

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça entende pela aplicação do efeito prodrômico, mesmo em decorrência da incompetência do juízo.

Apesar de alguns posicionamentos contrários, a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem pela aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta, ou seja, na hipótese de anulação da sentença condenatória decorrente de recurso exclusivo da defesa, com a devolução dos autos para o juiz de primeiro grau prolatar nova decisão, a nova pena não pode ser agravada quantitativamente – número de dias de privação de liberdade ou restrição de direitos impostos – ou qualificativamente – regime de cumprimento de pena mais grave, mesmo que a anulação decorra do reconhecimento do juízo incompetente. É dizer: o juiz, ao aplicar uma segunda pena, fica vinculado à pena máxima imposta no julgamento anterior – que fora anulado.

3.3.1.2.2 *Reformatio in pejus* indireta pelo reconhecimento de nulidade *ex officio*

Outro ponto costumeiramente levantado pela doutrina diz respeito ao reconhecimento, pelo tribunal superior, de nulidade *ex officio*, ou seja, sem que as partes tenham requerido nas suas razões.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 160, dispondo que “É nula a decisão do tribunal que acolhe contra o réu nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

No ponto, Capez (2010, p. 472) explica que “a menos que a acusação recorra pedindo o reconhecimento da nulidade, o tribunal não poderá decretá-la *ex officio* em prejuízo do réu, nem mesmo se a nulidade for absoluta”.

De outro lado, Grinover, Fernandes, e Gomes Filho (2011, p. 36) explicam que se a nulidade *ex officio* a ser reconhecida favorecer o réu, como “na hipótese de estar condenado e não ter sido regularmente citado”, mesmo sem manifestação da defesa requerendo o reconhecimento, caberá ao órgão julgador proclamar a nulidade e ordenar a renovação do feito, a partir da citação, pois isso favorece o réu”.

Oliveira (2018, p. 938) pontua que o devido processo legal tem por escopo proteger as garantias individuais do acusado em face do Estado, equilibrando as forças entre acusação e defesa na ação penal, portanto, a finalidade da mencionada proibição da *reformatio in pejus* é impedir que “a atividade judicante ou jurisdicional funcione como acréscimo ou corretivo da má atuação do órgão estatal responsável pela função acusatória”, e ao se permitir o reconhecimento de uma nulidade não alegada pela acusação, poderia gerar uma situação de desigualdade entre os litigantes.

O autor também pontua que o reconhecimento da nulidade *ex officio* também traria prejuízos à ampla defesa, uma vez que o acusado não teria se manifestado sobre a nulidade, já

que, no caso, não há recurso na acusação em relação à matéria (OLIVEIRA, 2018, p. 938).

Dado o exposto, Oliveira (2018, p. 939) conclui que quando se tratar de recurso da acusação, o Tribunal deverá respeitar a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, limitando sua atividade judicante.

3.3.1.3 *Reformatio in melius*

Em sentido oposto à *reformatio in pejus*, a doutrina refere-se também a *reformatio in melius*, que consiste na modificação da decisão, pelo tribunal superior, em benefício do acusado, decorrente de um recurso exclusivo da acusação.

Nesse sentido, Badaró (2018, p. 111) pontua que a *reformatio in melius* é, na verdade, uma *reformatio in pejus* para o Ministério Público.

Oliveira (2018, p. 973) explica que a *reformatio in melius* é plenamente possível, pois não há qualquer obstáculo na legislação, já que não há se falar em ampla acusação ou prejuízo para a persecução penal. Aduz o autor que “ao Estado, e a toda sociedade, interessa (e deve interessar), na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente”.

Em sentido oposto, Nucci (2008, p. 897) defende que para se ter *reformatio in melius*, deve existir alguma manifestação da defesa, pois havendo seu conformismo com a decisão condenatória, não há razão para aplicação do instituto. Para o autor, nestes casos, haveria, na verdade, uma *reformatio in pejus* para a acusação.

Esse também é o entendimento de Capez (2010, p. 417), defendendo que “não é possível, em recurso exclusivo da acusação, reformar-se a decisão em favor do réu, em face do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*”, casos em que o tribunal superior estaria julgando *extra petita*, ou seja, além do que foi requerido pelo recorrente.

Sobre o tema, Mirabete (2007, p. 684) acrescenta que “De acordo com o princípio *ne eat iudex ultra petita partum*, não pode o tribunal *ad quem*, em recurso exclusivo da acusação, reformar a decisão em favor do réu seja atenuando-lhe a pena, seja beneficiando-o de outra forma”.

Contudo, a possibilidade de *reformatio in melius* harmoniza-se melhor com os princípios de um Estado Democrático de Direito, e nesse sentido, Tourinho Filho (2010, p. 439) explica que nada obsta ao tribunal superior que diminua a pena imposta, ou até mesmo absolva o acusado, em recurso exclusivo da acusação, malgrado a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Corroboram esse entendimento, entre outros, Paulo Rangel²⁵ e Heráclito Antônio Mossin²⁶.

3.3.2 A vedação de *reformatio in pejus* como princípio decorrente do princípio da ampla defesa

Para Avelar (2015), o princípio da vedação da *reformatio in pejus* “encontra guarida no princípio da ampla defesa, na medida em que visa evitar que o acusado reste tolhido ou inclinado a não impulsionar o duplo grau de jurisdição diante de uma possível piora na sua situação processual”.

A Constituição Federal, da mesma forma que prevê o princípio da soberania dos veredictos, assegura “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição Federal, art. 5º, inciso LV), constituindo a vedação da *reformatio in pejus* indireta, além de mera regra de interpretação extensiva do art. 617 do Código de Processo Penal, parte deste princípio.

Oliveira (2018, p. 940) explica que ao adotarmos esse entendimento, corroboramos às preocupações com a ampla defesa, “na medida em que procura afastar eventuais embaraços no manejo dos recursos cabíveis, como a intimidação do condenado ao exercício do duplo grau de jurisdição, sob a ameaça, potencial, é claro, de ver piorada a sua situação”. Concluindo o autor que o princípio da proibição da *reformatio in pejus* funciona como garantia do efetivo exercício da ampla defesa.

Na mesma direção, Lopes Jr. (2016, p. 991), citando Galvão Rabelo, defende uma leitura constitucional do processo penal, de onde o princípio da proibição da *reformatio in pejus* decorreria, como princípio implícito, da ampla defesa e do devido processo legal.

Sobre o tema, Bonfim (2012, p. 833) comenta que havendo possibilidade de apreciação negativa do recurso da defesa, incutiria no réu temor em recorrer, prejudicando os princípios do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, “justificando, assim, a necessidade da proibição da *reformatio in pejus*”.

Lima (2016, p. 1664) ainda comenta que além da ampla defesa, a proibição da *reformatio in pejus* decorre do sistema acusatório, cujo princípio máximo traduz no *ne procedat iudex ex officio, ou nemo iudex sine actore*, e por isso, havendo recurso exclusivamente da defesa, não pode o tribunal *ad quem* modificar sua situação para pior, ou possibilitar que a nova

²⁵ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

²⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. Nulidades no Direito Processual Penal. 3. ed. São Paulo: Manole, 2004

decisão, oriunda de uma anulação, o faça.

3.4 A GARANTIA DA SOBERANIA DOS VERDITOS

3.4.1 As garantias do tribunal do júri

3.4.1.1 A plenitude da defesa

Nucci (2018, p. 3) esclarece que a plenitude de defesa não se confunde com a ampla defesa, isto é, são dois os princípios, ainda que correlatos.

O autor defende que, muito embora parte da doutrina equipare ambos os princípios alegando que o constituinte apenas importou a instituição do júri da Constituição Federal de 1946 sem se atentar a diferença de nomenclatura, “amplo é algo vasto, largo, copioso, enquanto pleno equivale a completo, perfeito, absoluto” (NUCCI, 2018, p. 3).

Na mesma direção, Giacomolli (2015, p. 414) explica que “a potencialidade semântica e jurídica da expressão *plena defesa* é superior à ampla defesa”, sendo esta reservada aos processos em geral enquanto no Tribunal do Júri, o constituinte “avançou no horizonte da potencialidade defensiva, exigindo a plena defesa (art. 5º, XXXVIII, *a*, do CF)”.

Assim, o autor aduz que “plenitude encerra a ideia de completude, de conduta aproximativa da perfeição. Isso porque o veredicto não advém de um juízo técnico, não é motivado e nem fundamentado” (GIACOMOLI, 2008, p. 83).

Nucci (2013, p. 3-4) esclarece que em processos comuns, o réu conta com o suporte da defesa técnica, contudo, caso esta não atue adequadamente, o juiz não precisa declarar o réu indefeso e nomear-lhe outro advogado, bastando adequar a sentença ao caso, absolvendo o réu, por exemplo. Contudo, prossegue o autor, no Tribunal do Júri, os jurados leigos não podem suprir a deficiência defensiva, e por isso, “deve-se buscar a defesa plena – a mais perfeita possível dentro das circunstâncias concretas”.

Outrossim, corroboram desse entendimento Cunha e Pinto (2017, p. 22) defendendo que em Plenário “permite-se a utilização de argumentação não jurídica, com referências a questões sociológicas, religiosas, morais, etc.”.

Nesse contexto, podemos concluir que a ampla defesa é a defesa extensa, vasta, enquanto a plenitude de defesa é a defesa absoluta, integral, completa, e esta se justifica na medida em que visa equilibrar a relação jurídico processual do acusado frente aos jurados leigos

ante o despreparo técnico destes.

Nucci (2018, p. 6) sustenta ainda que por ser o Tribunal do Júri soberano, suas decisões não podem ser revistas por órgãos superiores, e tribunais togados, e daí é crucial que a defesa seja *plena*.

3.4.1.2 O sigilo das votações

De acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal⁷, os atos do Poder Judiciário são públicos, contudo, a publicidade de alguns atos pode ficar restrita de acordo com o interesse público. Uma das exceções à publicidade dos atos judiciais é o sigilo das votações, insculpido na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”.

De acordo com o artigo 485 e parágrafos do Código de Processo Penal, Nucci (2018, p. 7) explica que no júri, “o julgamento se dará em plenário do júri, esvaziado, ou em sala especial, longe das vistas do público”.

Sobre esse sigilo, o autor comenta que é “do mais alto interesse público que os jurados sejam livres e isentos para proferir seu veredicto”. E por isso, continua o autor, o julgamento feito às vistas do público, tolheria a tranquilidade dos jurados na sua decisão, feito às vistas do público e sob pressão deste. O autor ainda destaca que “as pessoas presentes costumam manifestar-se durante a sessão, ao menor sinal de um argumento mais incisivo feito pela acusação ou pela defesa” (NUCCI, 2018, p. 7).

Nesse sentido, o autor entende que o sigilo das votações visa “resguardar a serenidade dos jurados, leigos que são, no momento de proferir o veredicto, em sala especial, longe das vistas do público”. E conclui que “não se trata de ato secreto, mas apenas de publicidade restrita” (NUCCI, 1999, p. 385).

Nucci (2018, p. 8) ainda explica que as votações são sigilosas, mas não são secretas, até porque são acompanhadas por órgão acusatório, pelo defensor, pelo juiz e demais funcionários do Poder Judiciário, além de ser conduzido pelo juiz de direito.

Na mesma direção, Demercian e Maluly (2009, p. 491), entendem que os jurados “estão intuitivamente mais sujeitos a pressões externas; mais suscetíveis a influências indesejáveis no processo lógico de formação do seu convencimento, do que os magistrados de carreira”. E, finalizam, os autores, para que os jurados possam julgar sem medo ou constrangimento, a Constituição Federal reservou-lhes o sigilo das votações.

Corroborando esse entendimento Porto (1996, p. 315), quando alega que a lei visa “assegurar aos jurados a livre formação de sua convicção e a livre manifestação de suas

conclusões, afastando-se quaisquer circunstâncias que possam ser entendidas, pelos jurados leigos, como fontes de constrangimento”.

3.4.1.3 A competência

Oliveira (2018, p. 208) explica que "o poder jurisdicional foi objeto de repartição de competências, com o objetivo de bem e melhor operacionalizar a administração da Justiça".

Outrossim, Marques (1997, p. 205) aduz que "a variedade das causas, a multiplicidade dos juízes, fazem distribuir a jurisdição e geram a competência" e que a "competência deve considerar-se como sendo o poder de julgar organizado, ou medida de jurisdição".

Com efeito, o tribunal do júri tem como competência o julgamento de crimes dolosos contra a vida, conforme preceitua o art. 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Também está definida a competência do júri popular no art. 74, § 1º do Código de Processo Penal²⁷, de forma taxativa, de modo que só podem ser submetidos ao tribunal do júri os crimes dolosos contra vida, previsto nos artigos 121 a 127 do Código Penal, sendo eles: a) homicídio; b) induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; c) infanticídio; e d) aborto.

Quanto à escolha dos crimes dolosos contra a vida como competência mínima para o Tribunal do Júri, Nucci (2018, p. 15) aduz que não existe “explicação sistemática e muito menos psicológica ou ontológica”, defendendo que o constituinte buscou respaldo na Constituição de 1946, e, à época, essa inserção “deveu-se a vontade dos coronéis do sertão, que, mandando matar seus oponentes, desejavam o julgamento de seus mandatários no tribunal do povo. Assim ocorrendo, a pressão pela absolvição seria imensa, atendendo aos anseios políticos da época”.

De outro lado, Nassif (2008, p. 50-52) defende que a vida, “é, indubitavelmente, o mais expressivo dos bens e o mais significativo dos direitos”, e por isso, justifica-se a “intervenção da sociedade para avaliação da conduta dos homens em seus atos de violência contra os semelhantes”.

De todo modo, ressalta-se que essa competência é considerada mínima pois apesar de não poder ser suprimida, já que figura como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º), poderá ser ampliada, isto é, poderá julgar crimes além daqueles previstos como dolosos contra a vida, desde que conexos com este.

²⁷ Art. 74, § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

Sobre os crimes conexos, Oliveira (2018, p. 291-292) ensina que entre a realidade dos fenômenos da vida poderá haver conexão, ou seja, "hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um ponto de afinidade, de contato ou de influência na respectiva apuração". Por sua vez, Marques (1997, p. 273) acrescenta que "a conexão e a continência de causas obrigam a que se faça a junção, em *simultaneus processus*, das lides penais entre si ligadas".

Oliveira (2018, p. 296) ainda explica que "a competência do Tribunal do Júri é competência de *jurisdição*, regra de juiz natural, portanto, de índole constitucional". Por isso, segundo Marques (1997, p. 274), "desde que exista crime em conexão com outro da competência do Júri, tem este, de regra, competência para julgar a todos os delitos conexos".

Outrossim, Fernandes (2012, p. 183-184) aduz que a Constituição Federal reservou o júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, mas não impediu a sua ampliação, ou seja, não restringiu àqueles crimes.

Sobre o tema, Nucci (2018, p. 14) aduz que "o texto constitucional menciona ser *assegurada* a competência para os delitos contra a vida e não *somente* para eles", esclarecendo que o objetivo do constituinte foi de garantir a subsistência do Tribunal do Júri, pois se deixasse para legislador ordinário fixar os crimes de competência do júri popular, este poderia deixar de existir, como aconteceu em outros países que não cuidaram dessa competência mínima.

Entretanto, destaca-se, a regra de conexão comporta a exceção prevista no artigo 79 do Código de Processo Penal, segundo a qual "a conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo: I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar; II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores", o que significa reconhecer que o tribunal do júri não julga crimes militares nem atos infracionais.

Ressalta-se, ainda, que outros crimes que atinjam a vida por reflexo, como lesões corporais seguida da morte, latrocínio, entre outros, não serão julgados pelo tribunal do júri, pois não são considerados crimes contra a vida, atingindo-a, apenas, como consequência do crime pretendido.

Nas palavras de Marques (1997, p. 219), "crimes dolosos contra a vida não são, portanto, todos aqueles em que ocorra o evento *morte*".

Por derradeiro, Nucci (2018, p. 16-17) defende ainda que além daqueles crimes dolosos contra a vida previstos no Capítulo I, do Título I, do Código Penal (a saber: homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto), devem-se incluir, também os crimes de genocídio, pois o genocídio "não passa de um homicídio coletivo, realizado com intenção específica de dizimar uma determinada população ou grupo".

3.4.2 A garantia da soberania dos veredictos

A soberania do Júri está prevista no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, “reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] c) a soberania dos veredictos”, detendo, portanto, de gênese constitucional, e por isso, constitui-se “uma garantia fundamental, intangível e imodificável da pessoa humana” (AVELAR, 2015).

Nucci (2018, p. 9) explica que soberania “cuida-se de *poder supremo*, acima do qual não há outro”. E por isso, “o veredito popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer Tribunal togado”.

Nas palavras de Marques (1997, p. 76), “júri soberano, portanto, é aquele ao qual não se substitui nenhum magistrado para julgar uma questão criminal já decidida pelos jurados”.

Na mesma direção, Porto (1996, p. 46) pontua que “a soberania do Júri deve ser entendida como a impossibilidade de os Juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa”.

E por isso, Nucci (2018, p. 9) explica que “quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular”.

Segundo Marques (1997, p. 74), o júri decide exclusivamente pela sua íntima convicção, através de respostas monossilábicas que afirmam ou negam os quesitos formulados sobre o delito. Contudo, o autor adverte que essa soberania não se confunde com onipotência insensata e sem freios. E, citando trecho de Faustin Hélie, Marques (1997, p. 76) comenta que a possibilidade de ser interpor recurso de uma decisão proferida pelo júri não atenta à soberania deste, “visto que apenas transporta a decisão de um Júri para outro Júri”.

Marques (1997, p. 77) conta que para coibir os desmandos do Júri, o legislador brasileiro criou, em 1841, a apelação *ex officio*, que podia ser interposta nos casos em que o juiz presidente entendesse que o júri decidiu contrariamente às provas dos autos.

No ponto, o autor pontua que a redação do art. 593 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei n. 263/48, nada mais é que a antiga apelação *ex officio*, porém alterada quanto a titularidade do recorrente, e, consoante destacado na justificação do projeto daquela lei, “a faculdade revisora das decisões do júri [...] não se choca com a soberania dos veredictos do tribunal popular, vez que lhe defere de novo o seu definitivo pronunciamento e está em inteira harmonia com a tradição de nosso Direito” (MARQUES, 1997, p. 77-78).

Marques (1997, p. 80) ainda explica que, como a soberania do júri refere-se à impossibilidade de ter decisão substituída por outra de um juiz togado, a soberania dos veredictos, da mesma forma, traduz-se na impossibilidade de ser substituída a decisão senão por outra sentença de mesma base.

Nas palavras de Marques (1997, p. 80), “o Tribunal, portanto, não decide sobre a pretensão punitiva, mas apenas sobre a regularidade do veredito”.

Ademais, a lei não se refere a soberania do veredito nem a soberania de cada veredito, mas do conjunto de vereditos, e por isso, pode haver mais de um veredito, sendo o último predominante sobre os anteriores, revogando-os (MARQUES, 1997, p. 80).

4 AS SOLUÇÕES DO CONFLITO ENTRE A GARANTIA DA VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA E A GARANTIA DA SOBERANIA DOS VEREDITOS NAS DECISÕES DO TRIBUNAL JÚRI

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este derradeiro capítulo tratará da vedação da *reformatio in pejus indireta* das decisões do tribunal do júri, em face da garantia da soberania dos vereditos. Ele está dividido em quatro itens, de modo que o primeiro abordará as normas e as suas espécies, os princípios e as regras, buscando-se, num primeiro momento, a definição de norma e, depois, de princípios e de regras e as suas distinções. No segundo item, analisar-se-á a colisão dos princípios da vedação da *reformatio in pejus* indireta e da soberania dos vereditos. No terceiro item, descrever-se-ão os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência em face da colisão dos princípios mencionados no item anterior. Por fim, no quarto item, argumentar-se-á acerca de um posicionamento de concilie referidos princípios com o ordenamento jurídico pátrio.

4.2 A COLISÃO ENTRE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIAS

4.2.1 O conceito de norma jurídica

O estudo dos princípios e da colisão de princípios reclama um anterior estudo sobre o conceito de norma jurídica e as suas espécies, na medida em que os princípios, assim com as regras, para a doutrina mais atual, podem ser classificados como espécies de normas. Contudo, não há a pretensão de se esgotar o tema nesses tópicos, tanto em relação às normas, como, na sequência, em relação aos princípios, ante a extrema complexidade e divergências doutrinárias quanto aos pontos.

Com efeito, Bissoli Filho (2016, p. 15) destaca que a “concepção de *norma* pressupõe uma distinção entre os campos do *ser* e do *dever-ser*”. Desta forma, distinguem-se “‘a forma do ser’, na qual se deve estabelecer a separação entre ‘que algo é’ e ‘o que é’, e ‘a forma do dever-ser’, que se divide em ‘que algo deve-ser’ e ‘o que deve ser’”. Nesse cenário, esse autor pontua que “é possível que o que é existente, ao mesmo tempo não seja devido e que o que é devido não seja existente”.

Para Kelsen (2006, p. 5-6), a norma é algo que deve ser ou acontecer, isto é, a norma

prescreve como um homem se deve conduzir, e para tal, adjudica-lhe competência. Com isso, esse autor quer dizer que o sentido de “dever” é mais amplo do que comandar, pois engloba também a autorização e o poder para se agir. Nesse sentido, “uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira”.

Nessa senda, “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” (KELSEN, 2006, p. 6).

E, consoante assinala Bissoli Filho (2016, p. 16), “a norma se caracteriza por uma ligação normativa”, a qual se distingue da ligação causal porquanto esta observa o princípio da causalidade enquanto aquela “observa o princípio da imputação, o que significa dizer que, enquanto naquele não se depende de um ato de vontade, neste, há uma estrita dependência desta”.

Esse autor ainda explica que a norma jurídica não é isolada, pois o direito, “além de ser ‘uma ordem de coerção’, é, também, concebido como ‘uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens’” (BISSOLI FILHO, 2016, p. 17).

Alexy (2008, p. 53) faz uma importante distinção entre “norma” e “enunciado normativo”, explicando que este é uma expressão daquele, e, portanto, uma norma é o significado de um enunciado normativo. Desse modo, uma mesma norma pode ser expressa através de diversos enunciados normativos, bem como por nenhum enunciado, como é o caso de semáforos, por exemplo, levando à conclusão de que o conceito de norma é primário ao conceito de enunciado normativo.

Assim, “é recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo” (ALEXY, 2008, p. 54), o que pode ser alcançado através das modalidades deônticas do dever, da proibição e da permissão, ou seja, em consonância com a doutrina de Kelsen, expressam algo que *deve-ser*.

Outrossim, Grau (2013, p. 37-38) diferencia norma e enunciado asseverando que “o texto é sinal linguístico; a norma é o que se revela, designa”, assim, podemos dizer que as normas resultam da interpretação que se faz do texto normativo e, portanto, “o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas”.

Acrescente-se ainda o ensinamento de Bissoli Filho (2016, p. 21) quando menciona que as normas jurídicas se distinguem das proposições jurídicas pois aquelas “são os imperativos normalmente usados para prescrever ou dar ordens ou estabelecer obrigações, proibições e permissões”, ao passo que as proposições jurídicas “servem para ‘enunciar que há uma determinada proibição ou que algo é obrigatório ou está permitido de acordo com uma norma

ou conjunto de normas dadas”.

Na mesma direção, Kelsen (2006, p. 4), de há muito, já defendia que o que transforma um fato externo em ato jurídico (ou antijurídico) não é o seu ser natural, mas “o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui”, e esse sentido jurídico é dado por intermédio de uma norma que a ele se refere com seu conteúdo, portanto, “a norma funciona como esquema de interpretação”.

Outrossim, Ávila (2014, p. 50) argumenta que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Nesse cenário, é possível falar que os dispositivos são objetos de interpretação enquanto as normas são o resultado dessa interpretação.

Acrescente-se, ainda, o pensamento de Hart (2009, p. 105) quando destaca que “a ideia de norma não é absolutamente uma ideia simples”, pois existem dois tipos diferentes de normas, ainda que relacionadas: normas do tipo “básico ou primário”, que “exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos”, e normas do tipo “parasitária ou secundária”, pois “estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação”. Com isso, o autor diferencia as normas que consistem em deveres, e as normas que outorgam poderes.

Comentando sobre a distinção entre normas “primárias” e “secundárias” de Hart, Dworkin (2002, p. 31) esclarece que “as regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade”, enquanto “as regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas”.

Por fim, Bobbio (2014, p. 35) explica que “as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que guardam relações entre si”, e é esse conjunto de normas que denominamos “ordenamento”.

4.2.2 Os princípios e as regras como espécies de normas jurídicas e as suas distinções

De início, importa ressaltar que, para que os princípios alcançassem o *status* normativo que conhecemos hoje, “passou-se por trabalho de longa elaboração metodológica desenvolvida pela Ciência Jurídica, que remonta às disputas epistemológicas entre duas velhas correntes do pensamento jurídico” (ESPÍNDOLA, 2002, p. 63). Nesse sentido, conforme explica Bonavides (2010, p. 259-261), a “juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista,

a positivista e a pós-positivista”.

Na primeira fase, jusnaturalista, “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça”, ou seja, a corrente jusnaturalista concebe os princípios como “axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela reta razão” (BONAVIDES, 2010, p. 259-261).

Espíndola (2002, p. 63) esclarece, de forma objetiva, que essa fase “posiciona os princípios jurídicos em esfera abstrata e metafísica. Reconhece-os como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa de Direito”.

A segunda fase de teorização dos princípios, explica Bonavides (2010, p. 262), é a juspositivista, “com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária”. Contudo, “ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas pragmáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.

Portanto, nesta fase, os princípios não eram encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderam prever (ESPÍNDOLA, 2002, p. 63). Assim, os princípios derivam das leis e não de um ideal de justiça.

Por derradeiro, a terceira fase de teorização dos princípios refere-se ao pós- positivismo, com a acentuação da hegemonia axiológica dos princípios, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2010, p. 264).

O autor destaca que Dworkin parte para a “necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal” (BONAVIDES, 2010, p. 265).

4.2.2.1 O posicionamento de Robert Alexy sobre a distinção de regras e princípios

De acordo com Alexy (2008, p. 85), para a teoria dos direitos fundamentais, a diferenciação teórico-estrutural mais importante acerca da norma é a distinção entre regras e princípios, isso porque, para o autor, tanto as regras quanto os princípios são normas, já que ambos dizem o que deve ser, por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.

Assim, contrariando a doutrina tradicional que contrapunha os conceitos de norma e

princípio²⁸, Alexy defende que princípios são subespécies de normas, assim como as regras, e, portanto, a distinção entre regras e princípios é uma “distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, 2008, p. 87).

Na doutrina nacional, Grau (2013, p. 104-105) acompanha o entendimento de Alexy, destacando que “regra é gênero do qual são espécies os princípios explícitos e implícitos e as regras estrito senso”²⁹.

E, para Alexy (2008, p. 87), o que distingue as regras dos princípios é o alto grau de generalidade que possuem os princípios, bem como da aproximação deste com os valores. O critério da generalidade, estabelece que “os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”³⁰.

O autor ainda enumera outros critérios de distinção entre regras e princípios, além do critério supramencionado, entre os quais o da determinabilidade dos casos de aplicação (critério defendido por Esser), das normas criadas e medradas ou crescidas (critério defendido por Schuman e Eckhoff) e da explicitação do teor de valoração (tese defendida por Canaris)³¹ (ALEXY, 2008, p. 88).

E, a partir das críticas que elabora acerca desses critérios comumente utilizados para distinção de regras e princípios, Alexy (2008, p. 89) constrói três teses diferentes sobre o tema. Em primeiro lugar, esse jurista defende que nenhum dos critérios clássicos de distinção são suficientes para amparar a diferenciação entre regras e princípios em razão da sua própria diversidade, já que há uma pluralidade de semelhanças e dessemelhanças. Ao depois, o autor refuta a tese da distinção baseada em graus, no qual o grau de generalidade seria o critério diferenciador. Por fim, Alexy defende como tese vitoriosa a que distingue regras e princípios não somente em relação ao grau, mas também em relação a qualidade das normas³².

²⁸ Segundo Grau, Kelsen defende que os princípios não são normas jurídicas, sob o argumento de que “a circunstância de influenciarem a criação de normas jurídicas não significa sejam eles positivados, convertendo-se em parte integrante desse direito positivo” (GRAU, 2013, p. 103).

²⁹ Apesar de adepto à teoria de que regras e princípios são espécies de normas jurídicas, Grau entende correta a substituição da teoria deontica por uma teoria funcional da normatividade do direito, afastando-se, no ponto, da distinção realizada por Alexy. Grau explica que a concepção deontica se baseia na regra de direito como regra de conduta ou de comportamento, isto é, “prescrevendo, proibindo ou permitindo determinada ação”, ao passo que na concepção funcional da normatividade, a “essência normativa de um enunciado encontra-se na sua vocação a servir de referência (de modelo) para determinar como as coisas devem ser”.

³⁰ Para Boulanger, a generalidade da regra jurídica não é igual a generalidade dos princípios. Isso porque a regra jurídica é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, mas editada para contemplar uma situação jurídica específica. Já os princípios são gerais porque comportam uma série indefinida de aplicações (BONAVIDES, 2010, p. 267).

³¹ Bonavides (2010, p. 274) acrescenta ainda o critério da fecundidade dos princípios defendida por Farias. Segundo esse critério, “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”, assim, os princípios possuem funções interpretativa, orientando o julgador na interpretação das leis de teor obscuro, e integrativa, suprindo as lacunas legislativas.

³² Bonavides pontua que “o critério gradualista-qualitativo de Alexy não se acha contido, conforme ele mesmo declara, na lista dos critérios referidos, mas explica a maior parte daqueles até então tradicionais e que se reputavam decisivos” (BONAVIDES, 2010, p. 278).

Assim, Alexy toma as considerações realizadas por Dworkin para aprimorar o conceito de princípios. Para aquele autor, o ponto nevrálgico na distinção entre regras e princípios é que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90).

Sobre o tema, Ávila (2014, p. 58) pontua que a possibilidade jurídica ou normativa “depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem”, enquanto a possibilidade fática refere-se ao fato de que “o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos”.

Nesse cenário, para Alexy (2008, p. 90-91), os princípios são mandados de otimização, ou seja, podem ser cumpridos em diferentes graus, enquanto as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, demonstrando que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, já que pertencentes ao mesmo gênero (normas)³³.

Ainda, Alexy (2008, p. 103-104) argumenta que os princípios vinculam uma obrigação *prima facie*, contudo, podem ser derogados por outros princípios em caso de colisão, já que o conteúdo dos princípios só pode ser solucionado diante do caso concreto. De outro lado, as regras traduzem obrigações absolutas com caráter definitivo, isto é, não passíveis de superação por outras regras.

No ponto, Bissoli Filho (2016, p. 23) comenta que “por terem um caráter *prima facie*, os princípios não podem conter mandados definitivos, uma vez que, se um princípio valer inicialmente, pode ocorrer que, quando em colisão com outro princípio, não venha valer como resultado definitivo”, e por isso, a colisão de princípios deve ser solucionada através do critério do peso ou ponderação, “pelo estabelecimento de relação de precedência entre os princípios em colisão”.

Assim, em sentido semelhante ao pensamento de Dworkin, Alexy (2008, p. 91-92) destaca que a distinção entre regras e princípios se torna mais evidente quando há conflito entre regras ou colisão de princípios. Isto acontece quando duas normas isoladamente aplicadas levam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, “dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios”.

Nessa direção, o autor defende que um conflito de regras deve ser solucionado com inclusão de uma cláusula de exceção, ou com a invalidação de uma das normas, eliminando-a do ordenamento jurídico. Portanto, o conflito de normas se realiza no nível da validade jurídica, sem considerar graus.

³³ Ávila (2014, p. 58) explica o pensamento de Alexy pontuando que para este autor “a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser definida: ‘Se no caso concreto um outro princípio não obtiver mais peso’”.

Já a colisão de princípios a teoria de Alexy nos ensina que deve ser solucionada com a máxima da ponderação, em cuja operação um princípio cede para que o outro prevaleça no caso concreto. Isso não importa invalidação de um deles nem inclusão de cláusula de exceção, mas tão somente um sopesamento de importância ante as circunstâncias do caso (ALEXY, 2008, 93-94).

A máxima da ponderação exige que, observando as circunstâncias do caso, estabeleça-se entre os princípios em colisão uma relação de precedência condicionada, isto é, buscam-se na norma condições que façam com que determinado princípio prevaleça sobre outro. Isso porque os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas ante as razões opostas.

4.2.2.2 O posicionamento de Ronald Dworkin sobre a distinção de regras e princípios

Sobre a distinção de regras e princípios, Dworkin (2002, p. 39) defende que as regras são aplicadas no formato “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), isto é, ou são completamente aplicadas, ou não possuem aplicação e não contribuem para a decisão. Já os princípios, prossegue o autor, constituem-se em razões de decidir, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Destarte, enquanto as regras são aplicadas nesse método “tudo ou nada”, os princípios orientam as possíveis interpretações normativas, sem apresentarem, por si sós, a solução para o problema. É dizer: os princípios não trazem consigo respostas categóricas para a controvérsia, mas coordenam as interpretações dedutíveis a partir do conjunto de regras.

Desse modo, Dworkin (2002, p. 42) defende como traço distintivo de regras e princípios o peso ou importância, sendo estes típicos dos princípios. Se em determinada situação há uma pluralidade de princípios conflitantes, há de se verificar o peso de cada um deles a fim de se obter o princípio de maior densidade, sem que necessariamente se invalide os demais.

De outro lado, quando as regras assumem posições contraditórias, por não possuírem esse caráter de peso, a aplicação de uma levará à invalidação das demais a ela contrapostas. O sistema de invalidação de uma regra depende de cada ordenamento, podendo valer aquela hierarquicamente superior, a mais recente, a mais específica, entre outros (DWORKIN, 2002, p. 43).

Dessa forma, a diferenciação elaborada por Dworkin não consiste numa diferença de grau, mas de estrutura lógica, com base em critérios classificatórios, e não comparativos. Assim, “a distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas”

(ÁVILA, 2014, p. 57).

Há de se destacar ainda a diferenciação que Dworkin faz entre princípios e diretrizes. Para esse autor, diretrizes são pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, normalmente relacionados a aspectos econômicos, políticos ou sociais. Já os princípios devem ser observados, pois correspondem a um imperativo de justiça, honestidade ou outra dimensão moral.

4.2.2.3 O posicionamento de Humberto Ávila sobre a distinção de regras e princípios

Contrapondo Dworkin, Ávila (2014, p. 82) aduz que não somente os princípios possuem uma dimensão de peso, mas também as regras. Isso porque a aplicação de regras também pressupõe sopesamento de razões “cuja importância será atribuída (ou coerentemente intensificada) pelo aplicador”. Nesse sentido, alega o autor, “as interpretações, extensiva e restritiva, são exemplo disso”.

Ávila (2014, p. 82) ainda destaca que não são os princípios que possuem uma dimensão de peso, mas as razões e os fins aos quais eles fazem referência. A dimensão de peso “não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador”.

Nesse contexto, para Ávila (2014, p. 74), a máxima da ponderação não serve unicamente aos princípios, mas também a algumas regras. Com efeito, o autor defende que podem existir situações em que regras conflitem, sem que, com isso, percam sua validade, sendo necessária a atribuição de peso maior a uma delas, para que não se exclua nenhuma do ordenamento jurídico. No caso concreto de conflito entre regras, “o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas”, e com isso, a solução se resolveria no plano da aplicação e não da validade, com base na análise da finalidade das normas que estão em jogo.

Na mesma direção, Bissoli Filho (2016, p. 24) explica que para Carrió, as regras também possuem textura aberta, pois “têm exceções que não são exaustivamente especificáveis de antemão, não sendo certo, pois, que as regras são sempre aplicáveis da maneira ‘tudo ou nada’”.

Ávila (2014, p. 76) acrescenta, ainda, que as normas “podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões”. Para elucidar essa assertiva, esse autor narra a hipótese em que um motorista é multado por excesso de velocidade, contudo, justifica sua conduta alegando que estaria a caminho do hospital com passageiro gravemente ferido. Nesse caso, “embora tenha sido concretizada a hipótese normativa, o aplicador recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para

justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*)”. Ou seja, “as outras razões, consideradas superiores à própria razão para cumprir a regra, constituem fundamento para seu não cumprimento”.

Com isso, o autor quer destacar que a aplicação de regras não pode ficar condicionada à descrição do comportamento, mas deve atentar-se, também, ao sopesamento de circunstâncias e argumentos relacionados com o caso concreto, mesmo que estes não estejam previstos no ordenamento jurídico como cláusulas de exceção. Desta maneira, “em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos – isto é, de ponderação” (ÁVILA, 2014, p. 77).

Ávila (2014, p. 78-79) ainda acrescenta que a não aplicação de uma regra no caso concreto não significa que ela em nada contribuiu para a decisão, como alegado por Dworkin. Isso porque, “mesmo deixando de ser aplicada, uma regra pode funcionar como contraponto valorativo para a interpretação da própria norma aplicável”. Assim, a regra não aplicada “concorre para a construção – mediante procedimento de aproximação e afastamento – do significado da regra aplicada”.

Além disso, Ávila (2014, p. 79) destaca que, em razão da generalização das normas, alguns casos deixam de ser mencionados (*under inclusiveness*) e outros são mal-incluídos (*over inclusiveness*), e, por isso, o julgador deverá avaliar a razão justificativa da regra para decidir pela sua incidência.

Com essas considerações, Ávila quer demonstrar que o método de ponderação de razões não se aplica somente aos princípios, pois é uma qualidade geral de qualquer norma, ainda que aplicado de forma diferenciada aos princípios e às regras (ÁVILA, 2014, p. 81).

E, após tecer críticas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, Ávila se propõe a fazer uma dissociação entre princípios e regras³⁴. Para este autor, um mesmo dispositivo pode germinar tanto uma regra, “se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte”, quanto um princípio, “se o aspecto valorativo for *automizado* para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos” (ÁVILA, 2014, p. 93).

Uma primeira forma de diferenciação realizada por Ávila (2014, p. 95-95) leva em consideração o critério da natureza do comportamento prescrito, isto é, “as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições

³⁴ O autor ainda apresenta a noção de postulado, definindo-o como “*instrumentos normativos metódicos*, isto é, como categorias que impõe condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo” (ÁVILA, 2014, p. 93-94).

mediante a descrição da conduta a ser adotada”, enquanto os princípios “são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas³⁵ para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”, e, por isso, diz esse autor, os princípios possuem um caráter deôntico-teleológico, na medida em que estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições (deôntico), bem como porque estas decorrem dos efeitos oriundos de determinado comportamento que preserva ou promove um estado de coisas (teleológico). Assim, “princípios são *normas-do-que-deve-ser*”, isto é, “seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas”. De outro lado, as regras possuem um caráter deôntico-deontológico, pois estipulam razões para a existência de obrigações, permissões e proibições (deôntico), sendo que estas decorrem de uma norma que indica o que deve ser feito (deontológico). Assim, “as regras são *normas-do-que-fazer*”, ou seja, “seu conteúdo diz diretamente respeito a ações”³⁶.

Outro traço distintivo dos princípios e normas destacados por Ávila (2014, 9. 96), diz respeito à justificação que exigem, isso porque a aplicação das regras exige uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, em que a previsão sobre um estado futuro de coisas é irrelevante, enquanto a aplicação dos princípios exige uma avaliação de correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. E como base no aprofundamento dessas considerações, Ávila (2014, p. 97-100) alega que as regras possuem um caráter retrospectivo pois “descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador” ao passo que os princípios possuem um caráter prospectivo na medida em que “determinam um estado de coisas a ser construído”.

Por fim, o autor faz uma última diferenciação entre regras e princípios baseada no modo como contribuem para a decisão. Assim, os princípios seriam normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, posto que “não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisões”. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida que “têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões” (ÁVILA, 2014, p. 100-

³⁵ Como estado de coisas, o autor entende ser uma situação qualificada por determinadas qualidades, ou seja, “o estado de coisas transforma-se em *fim* quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação” (ÁVILA, 2014, p. 95). Como exemplo, o autor fala do princípio do Estado de Direito, que pressupõe um estado de coisas consistente na responsabilidade do Estado, da previsibilidade da legislação, do equilíbrio entre interesse públicos e privados, da proteção dos direitos individuais, entre outros, e que para a sua consecução, “é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário”. Pode-se dizer, portanto que os princípios, ao estabelecerem os fins pretendidos, exigem a promoção de um estado de coisas.

³⁶ Sobre o tema, o autor ainda explica que “as regras instituem o dever de adotar o *comportamento descritivamente prescrito*, e os princípios instituem o dever de adotar o *comportamento necessário* para realizar o estado de coisas”.

101).

4.2.2.4 O posicionamento de José Gomes Canotilho sobre a distinção de regras e princípios

Convém ainda destacar os apontamentos de Canotilho sobre o tema. Esse autor, assim como Ronald Dworkin e Robert Alexy, abandona a classificação clássica entre normas e princípios para tratar os princípios e as regras como espécies de normas (CANOTILHO, 1992, p. 172).

Canotilho (1992, p. 172-173) destaca, de início, alguns dos critérios utilizados na distinção entre regras e princípios, sendo eles: pelo grau de abstração, onde os princípios possuem um grau de abstração mais elevado e as regras, um grau reduzido; pelo grau de indeterminabilidade na aplicação do caso concreto, isto é, os princípios, ao contrário das normas, carecem de mediações concretizadoras; pelo caráter de fundamentalidade no sistema, os princípios são tidos como normas com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (princípios constitucionais); pela proximidade da ideia de direito, os princípios caracterizam-se como *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça, ou na ideia de direito, enquanto as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e por fim, pela norma normagénica, os princípios fundamentam as regras, constituindo a *ratio* de regras jurídicas.

E, a partir dessas considerações, Canotilho (1992, p. 173-174) aponta para o que chama de “diferenças qualitativas”, e as enumera nos mesmos modelos propostos por Dworkin e Alexy.

Por primeiro, esse autor defende que os princípios “são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização”, enquanto as regras são normas que “prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem)”, e seguindo o entendimento encabeçado por Dworkin, alega que as regras são ou não cumpridas. Assim, “a convivência dos princípios é conflitual” enquanto “a convivência de regras é antinômica” (CANOTILHO, 1992, p. 173-174).

Via de consequência da distinção anteriormente exposta, os princípios “permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica de tudo ou nada), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”, ao passo que as regras “não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos”, enquanto que, quando houver conflito de princípios, estes devem ser objetos de ponderação,

pois possuem apenas exigências que a *prima facie* devem ser cumpridas, contudo, as regras contêm fixações normativas definitivas, “sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias” (CANOTILHO, 1992, p. 174).

E, com isso, Canotilho (1992, p. 174) conclui que “os princípios suscitam problema de validade e peso (importância, ponderação, valia)” e “as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas)”.

A partir das considerações que tece sobre a diferença de regras e princípios, muito semelhantes às de Alexy, Canotilho (1992, p. 176-180) divide os princípios em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e, por fim, princípios-garantia.

Os princípios jurídicos fundamentais, no dizer de Canotilho (1992, p. 177), são aqueles “historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Estes princípios constituem importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo e possuem uma função negativa, quando há afronta ao estado de direito e à democracia, e uma função positiva, “informando materialmente os atos dos poderes públicos”.

Já os princípios políticos constitucionalmente conformadores, segundo Canotilho (1992, p. 178), são aqueles “que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”, assim como condensam as opções políticas nucleares e refletem a ideologia inspiradora da Constituição. São “o cerne político de uma constituição política”, portanto, funcionam como limites do poder de revisão e revelam os princípios mais visados no caso de alteração profunda do regime político.

De outro lado, nos princípios constitucionais impositivos, para Canotilho (1992, p. 179), “subsumem-se (*sic*) todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”. São, portanto, princípios que diretivos fundamentais, ou normas pragmáticas, definidoras de fins e tarefas³⁷.

Por derradeiro, Canotilho (1992, p. 179-180) nos apresenta o que denomina princípios-garantia como sendo aqueles que objetivam instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos. Estes princípios possuem uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa.

Conforme se pode perceber, os conceitos e critérios de distinção entre regras e princípios

³⁷ Estes princípios constitucionais impositivos de Canotilho são muito semelhantes àquilo que Dworkin chamava de diretrizes, já que ambos estabelecem objetivos a serem perseguidos pelo Estado. Na mesma senda, Grau (2013, p. 85) defende a existência de normas-objetivo como sendo aquelas que introduzem os fins aos quais o sistema jurídico deve se voltar.

não são unânimes, ainda suscitando muitos debates teóricos sobre o tema. E, muito embora os critérios utilizados tanto por Dworkin como por Alexy não sejam idênticos, apresentam grandes similitudes, e mesmo que não possam ser considerados infalíveis, demonstram considerável utilidade no processo de argumentação e justificação das decisões judiciais, motivo pelo qual o presente trabalho basear-se-á nas ponderações realizadas por ambos os autores.

4.3 A COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA E DA SOBERANIA DOS VEREDITOS

Embora o entendimento pelo reconhecimento da *non reformatio in pejus* indireta seja pacífico na doutrina e na jurisprudência em relação às decisões proferidas por juízes togados, não o é quando se trata de processos de competência do tribunal do júri, pois ao conselho de sentença é assegurada a soberania dos vereditos.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a soberania do Júri está prevista no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, “reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] c) a soberania dos veredictos”.

Relembre-se que a soberania do tribunal do júri não expressa uma ideia de absolutez, no sentido de que todo e qualquer veredicto é soberano, mas sim de que nenhum órgão jurisdicional poderá substituir a decisão tomada pelo corpo de jurados.

Já o princípio da *ne reformatio in pejus* indireta impede que um segundo julgamento agrave a situação do réu quando somente este recorreu requerendo a anulação do julgamento anterior.

E, por isso, no tribunal do júri, a proibição da *reformatio in pejus* indireta ganha novos ares, pois aos jurados é resguardada a soberania dos vereditos, ou seja, submetido a novo julgamento, o réu poderia, *a priori*, ter uma decisão mais grave que a proferida pelo júri anterior, como no caso em que, no segundo julgamento, os jurados reconhecem uma qualificadora que foi afastada no julgamento anulado.

Destaca-se que essa hipótese é plenamente possível, pois a teor do art. 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal, na elaboração dos quesitos que serão submetidos ao Conselho de Jurados, o juiz-presidente levará em conta os termos da decisão de pronúncia³⁸.

Assim, ante a colisão de duas garantias processuais penais, a vedação da *reformatio in*

³⁸ Art. 482. [...] Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. **Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia** ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

pejus e a soberania dos vereditos, é importante que se façam os seguintes questionamentos: a) se o júri é soberano, a sua decisão pode ser limitada àquela decisão imposta no julgamento anterior que foi anulado pelo tribunal superior ante o recurso exclusivo da defesa? b) existem limitações à garantia da vedação da *reformatio in pejus* indireta em relação às decisões proferidas pelo tribunal do júri em face do princípio da soberania dos vereditos?

4.4 PRINCIPAIS POSICIONAMENTOS DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

4.4.1 Os posicionamentos da doutrina

4.4.1.1 A prevalência da garantia da soberania dos vereditos

4.4.1.1.1 A prevalência irrestrita da garantia da soberania dos vereditos

Defendendo a inaplicabilidade do princípio da *non reformatio in pejus* indireta, Rangel (2010, 876) afirma que não há texto expresso que proíba o juiz de dar uma sentença mais grave à do primeiro julgamento, pois a proibição estampada no art. 617 da Norma Penal Adjetiva proíbe somente o agravamento da pena pelo Tribunal Superior.

Ao depois, o autor destaca também que, com o reconhecimento da nulidade, a ordem jurídica não mais confere validade àquela sentença e, por isso, não há que falar em agravamento já que a primeira decisão é inexistente juridicamente. Por isso, o autor destaca que “estar-se-ia emprestando força a uma decisão que desapareceu em detrimento de uma que é proferida em perfeita harmonia com a ordem jurídica. Seria o inválido sobrepondo-se ao válido, em verdadeira aberração”. Além disso, o autor pontua a voluntariedade dos recursos, devendo a parte que recorreu arcar com o ônus do seu recurso.

Em relação ao Tribunal de Júri, Rangel (2010, p. 879) ainda argumenta que, em razão da soberania dos vereditos, “anulada a decisão dos jurados o Tribunal do Júri tem plena liberdade para decidir como juiz natural da causa”, portanto “o juiz-presidente proferirá sentença de acordo com as provas dos autos e a decisão dos jurados, permitindo-se, assim, pena superior, até porque a decisão anterior foi cassada”.

Barbosa Jr. e Leme (2008, p. 81) explicam que, para essa corrente, em razão do procedimento especial bem como do respeito à soberania dos vereditos, “é permitido agravar a situação do réu, ainda que a nulidade da primeira decisão tenha decorrido de recurso exclusivo

da defesa”.

Mirabete (2007, p. 683) defende que a lei ordinária (artigo 617 do Código de Processo Penal) não pode impor limites à soberania do júri, princípio constitucional, ou seja, para o autor, “tem o novo Júri, nos limites da pronúncia e do libelo, a liberdade de responder diferentemente do julgamento anterior aos quesitos que lhe são apresentados, podendo agravar a situação do réu”.

Nessa mesma direção, Cunha e Pinto (2017, p. 365) defendem que não tem cabimento que o juiz-presidente, ao arrepio do que foi decidido pelos jurados, aplique pena menor do que a correspondente àquelas circunstâncias reconhecidas. Para esses autores, “com a anulação do primeiro julgamento e realização de outro, nova relação jurídica se instalou”, tanto é que jurados não ficam restritos à apreciação das circunstâncias reconhecidas no julgamento anterior. E, assim sendo, “cumpre ao juiz, atento a esta última decisão, aplicar a pena proporcional ao delito reconhecido pelos jurados”.

Por sua vez, Campos (2018, p. 432) acompanha esse entendimento, alegando que a aplicação da violação da *reformatio in pejus* indireta nas decisões do júri, “equivale a mutilar, na prática, a soberania dos vereditos, desconsiderando que os jurados quiseram aplicar uma pena maior ao acusado”.

Campos (2018, p. 433) ainda assevera que a soberania dos vereditos não impede, somente, que as decisões dos jurados sejam substituídas por decisões dos tribunais, mas, também, que “não podem ser alterados, em sua substância, por ato do juiz presidente, como ocorreria se o juiz togado se negasse a aplicar a pena desejada pelos jurados, fixando outra, mais branda, em flagrante desrespeito à vontade do Conselho de Sentença”.

O autor ainda rebate a afirmação de que a não aplicação do princípio da *non reformatio in* indireta fere a ampla defesa, sob o argumento de que “o acusado – em um segundo julgamento determinado em razão de recurso exclusivo seu – terá todas as oportunidades de se defender plenamente, inclusive de lograr absolvição”, não havendo que se falar em violação à ampla defesa (CAMPOS, 2018, p. 434).

Acrescente-se, ainda, o pensamento de Tourinho Filho (2010, p. 441), quando defende a inaplicabilidade da vedação da *reformatio in pejus* indireta no tribunal do júri ante a soberania dos vereditos, posto que, do contrário, “a norma infraconstitucional estaria se sobrepondo à Lei Fundamental, que confere inteira liberdade ao Conselho de Sentença”.

4.4.1.1.2 A prevalência mitigada da garantia da soberania dos vereditos

A corrente doutrinária exposta no tópico imediatamente antecedente sofreu uma mitigação ao longo dos anos, com alguns doutrinadores passando a aceitar a vedação da *reformatio in pejus* indireta em relação à decisão do juiz-presidente quando os mesmos fatos e circunstância forem reconhecidos no segundo julgamento.

Isto é, para esse posicionamento, o agravamento só poderá ocorrer quando o Conselho de Sentença reconhecer circunstância desfavorável ao réu não reconhecida no julgamento anterior, anulado. Isso porque “o art. 617 do Código de Processo Penal tem correlação única com a atuação do magistrado e não com a decisão dos jurados” (CRUZ, 2013, p. 118).

Assim, caso o conselho de sentença decida pelo reconhecimento das mesmas circunstâncias do julgamento anterior (homicídio simples, por exemplo, com o afastamento de todas as qualificadoras), o juiz deverá observar a pena imposta naquele julgamento anulado, em razão do art. 617 do Código de Processo Penal. De outro lado, caso o júri reconheça circunstância antes afastada (homicídio qualificado onde antes era homicídio simples, por exemplo), “a pena deve ser aplicada pelo juiz-presidente de acordo com a decisão dos jurados, sem a limitação do referido art. 617, que deve se submeter ao princípio da soberania dos veredictos” (CAMPOS, 2018, p. 433).

Nesse mesmo sentido, têm-se o pensamento de Lima (2016, p. 1669) para quem “a proibição da *ne reformatio in pejus* indireta deve ser aplicada restritivamente no âmbito do Tribunal do Júri, sob a explícita condição de os jurados reconhecerem a existência dos mesmos fatos e circunstâncias admitidos no julgamento anterior”.

Nesse cenário, para a corrente que inadmitte que as decisões proferidas pelo tribunal do júri possam ser limitadas pela vedação de *reformatio in pejus* indireta, o novo conselho tem liberdade para julgar os fatos conforme sua íntima convicção, proferindo uma decisão independente e não adstrita àqueles limites da sentença anterior.

Contudo, se a decisão do novo Júri for igual à do primeiro julgamento, no que concerne à definição do crime de suas circunstâncias, não poderá o juiz-presidente agravar a situação do acusado, exclusivamente por ocasião da fixação da pena.

4.4.1.2 A prevalência da vedação da *reformatio in pejus* indireta

De outro lado, defendendo a aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta nas decisões tomadas no tribunal do júri, Oliveira (2018, p. 941-942) aduz que “uma ordem constitucional democrática não se compatibiliza com a absolutização de princípios constitucionais, não havendo razão, em princípio, para que tal ocorra em relação à apontada

soberania dos jurados”. Isso porque “o princípio da ampla defesa ocupa posição proeminente na estrutura do processo penal”.

Para esse autor, o juiz-presidente estaria vinculado à pena do primeiro julgamento (anulado), ainda que, no segundo julgamento, o Conselho de Sentença reconheça situação mais grave, pois somente assim o princípio da proibição da *reformatio in pejus* estaria sendo respeitado em sua plenitude. Não se trata de desrespeito à soberania dos vereditos, pois o júri poderia livremente reconhecer situação menos favorável ao réu, competindo somente ao juiz atentar-se à pena anteriormente imposta.

Na mesma direção, Nucci (2007, p. 951) destaca que “é certo que os jurados são soberanos, mas não é menos certo afirmar que os princípios constitucionais devem harmonizar-se”. Nesse sentido, a ampla defesa deve ser respeitada em igual hierarquia, pois também é princípio constitucional. Esse autor ainda alega que, ao se “retirar do acusado a segurança para recorrer, invocando a nulidade que entender conveniente, sem o temor de que nova decisão poderá piorar sua situação, não é garantir efetiva ampla defesa”.

Outrossim, Cruz (2013, p. 122) explica que o atual Código de Processo Penal foi “inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista”, portanto, para o autor, “foi elaborado com bases notoriamente autoritárias”. E prossegue aduzindo que “a ordem jurídica instalada com a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova perspectiva para o processo penal brasileiro”.

Com isso, esse autor quer destacar que a vedação da *reformatio in pejus* indireta deve ser analisada sob a ótica constitucional, isto é, sob o prisma dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No ponto, referido autor ainda destaca que, “se a acusação se deu por satisfeita com a condenação proferida, seja no aspecto quantitativo, seja no qualitativo, e dessa decisão somente recorre o acusado, não se pode imaginar que desse inconformismo possa sobrevir situação pior ao réu” (CRUZ, 2013, p. 124).

Na mesma direção, Barbosa Jr. e Leme (2008, p. 81) destacam que o princípio da vedação da *reformatio in pejus* não deve ser visto como regra ordinária, senão como “desdobramento infraconstitucional do princípio do duplo grau de jurisdição”.

Para esses autores, o princípio do duplo grau de jurisdição possui “natureza constitucional e representa diretriz a ser seguida”, além de encontrar-se “relacionado à essência humana de inconformismo frente as situações que lhes são desfavoráveis e também frente à possibilidade de erro em julgamentos” (BARBOSA JR. e LEME, 2008, p. 83).

Para essa corrente, conforme explicitado no capítulo anterior (item 3.3.2), a vedação da *reformatio in pejus* é uma decorrência direta do princípio da ampla defesa, posto que visa evitar

que o acusado se sinta tolhido de impulsionar o recurso cabível com receio de ver sua situação piorada, afrontando esta garantia constitucional.

4.4.2 Os precedentes jurisprudenciais

4.4.2.1 Prevalência da vedação da soberania dos veredictos

A rigor, a divergência sobre a aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta no Tribunal do Júri não se restringe à doutrina, uma vez que, na jurisprudência, também, é possível encontrar posicionamentos contrários entre si.

No Tribunal Catarinense, a Desembargadora Salete Silva Sommariva de há muito entendeu pela não aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta aos processos afetos ao tribunal do júri ante a soberania dos veredictos que possuem os jurados, conforme se depreende do acórdão abaixo ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO SIMPLES (CP, ART. 121, CAPUT C/C ART. 29, §1º) - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA (CPP, ART. 617) - INOCORRÊNCIA – SEGUNDO JULGAMENTO REALIZADO EM RAZÃO DA ANULAÇÃO DO PRIMEIRO EM FACE DE RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE ADVERSA – RESULTADOS DIVERSOS DOS VEREDICTOS – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

A violação do princípio da *reformatio in pejus* indireta apenas tem incidência quando o julgamento anteriormente anulado tenha sido objeto de recurso manejado exclusivamente pelo réu (CPP, art. 617).

Ademais, “**não há *reformatio in pejus* indireta pela imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da primeira sentença, em apelo da defesa, quando no novo julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, reconhece-se a incidência de qualificadora afastada no primeiro julgamento, eis que, em face da soberania dos veredictos, de caráter constitucional, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu.**” (STJ, HC n. 78366/SP, rela. Mína. Laurita Vaz, j. em 28-10-2008)

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2011.084503-7, da 1ª Vara Criminal de Criciúma. Apelante: Marcelo Fernandes Antônio. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Desembargadora Salete Silva Sommariva, 2ª Câmara Criminal, Florianópolis, SC, julgado em 18 de março 2014 - **o grifo não está na redação original**).

No caso do supracitado acórdão, a matéria não foi discutida a fundo posto que do primeiro julgamento houve recurso também da parte adversa, motivo pelo qual não há se falar em incidência do princípio da *ne reformatio in pejus*, já que este tem como um dos seus pressupostos o recurso exclusivo do réu. Contudo, em que pese não adentrar na matéria, a citada desembargadora relatora citou entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sinalizando o seu posicionamento pela não aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta no júri em face do princípio da soberania dos veredictos, vez que este possui caráter constitucional.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Felix Fischer, no julgamento do Recurso Especial n. 1132728/RJ, ponderou o aparente conflito entre o princípio da soberania dos veredictos e a proibição da *reformatio in pejus* indireta, distinguindo o que é decidido pelo conselho de sentença e o que é fixado na sentença pelo magistrado, sustentando que o princípio da vedação de *reformatio in pejus* indireta no procedimento do tribunal do júri restringe-se somente à figura do juiz-presidente quando forem reconhecidas as mesmas circunstâncias do julgamento anterior.

Se é correto afirmar que a decisão do júri é soberana e deve ser respeitada mesmo quando reconheça situação mais grave ao réu por recurso exclusivo deste, por outro lado, constata-se que o juiz togado não possui soberania e que, sendo o resultado do júri igual ao anterior, deverá limitar-se ao *quantum* fixado no julgamento anterior:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. JÚRI. VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. TRÊS JULGAMENTOS. VEREDICTOS DISTINTOS QUANTO À INCIDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS. PENA IMPOSTA NO TERCEIRO MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE.

I - A regra que estabelece que a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada, em decorrência de recurso exclusivo da defesa, sob pena de violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta, **não se aplica em relação às decisões emanadas do Tribunal do Júri em respeito à soberania dos veredictos** (Precedentes).

II - Desse modo, e neste contexto, tem-se que uma vez realizados três julgamentos pelo Tribunal popular devido à anulação dos dois primeiros, e alcançados, nas referidas oportunidades, veredictos distintos, **poderá, em tese, a pena imposta no último ser mais gravosa que a fixada nos anteriores**.

III - Contudo, constatado que no último julgamento o recorrente restou condenado por crime menos grave (homicídio simples) se comparado com o anterior (homicídio duplamente qualificado), e que neste a pena-base foi aumentada devido, unicamente, a consideração de uma qualificadora como circunstância judicial desfavorável, revela-se injustificado o aumento imposto à pena-base, uma vez que, nesta hipótese, o princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta alcança o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri. Recurso especial parcialmente provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.132.728, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recorrente: José Maximiniano da Silveira Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Severino Felinto da Silva. Relator: Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 26 de agosto de 2010 - **os grifos não estão na redação original**).

Ainda, no corpo do referido acórdão, o Ministro sustenta que, “em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, a garantia da vedação a *reformatio in pejus* indireta sofre restrições”, já que não pode ser invocada sobre a soberania dos veredictos. Isto é, para o Ministro, “os jurados componentes do segundo Conselho de Sentença não estarão limitados pelo que decidido pelo primeiro, ainda que a situação do réu possa ser agravada”.

In casu, o recorrente foi submetido a três julgamentos perante o Tribunal Popular, e, em que pese a pena final do último deles ter sido fixada em patamar inferior aos julgamentos anteriores, teve sua pena-base agravada pelo reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas. Contudo, nos julgamentos anteriores, quando realizada a dosimetria penal, o juiz-presidente não havia exasperado a pena na primeira fase dosimétrica, motivo pelo qual não

poderia fazê-lo agora, num terceiro julgamento, já que a ele é vedado a *reformatio in pejus* indireta por ser destituído de soberania.

Isso porque, o reconhecimento das circunstâncias judiciais, bem como das agravantes e atenuantes, é matéria afeta ao juiz-presidente do tribunal do júri, destituído de soberania, motivo pelo qual não poderia reconhecer circunstâncias antes não consideradas na aplicação da pena.

Portanto, denota-se que o ministro relator de fato aplicou a vedação em comento, contudo, ressaltou que só o fez pois se tratava de matéria afeta ao juiz-presidente, porquanto ao Conselho de Sentença é assegurada a soberania dos vereditos.

No mesmo sentido do julgamento anterior, o Ministro Jorge Mussi, também do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* n. 174.564/RS, entendeu que a vedação da *reformatio in pejus* indireta no tribunal do júri só tem aplicação para o juiz-presidente:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. TRIBUNAL DO JÚRI. JUIZ-PRESIDENTE. VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. DOIS JULGAMENTOS. VEREDICTOS DISTINTOS QUANTO À INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA SURPRESA NO PRIMEIRO E POR HOMICÍDIO SIMPLES NO SEGUNDO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS TODAS FAVORÁVEIS NO PRIMEIRO JULGAMENTO. NEGATIVIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO NO SEGUNDO. AGRAVAÇÃO DA PENA-BASE POR ESTE MOTIVO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA PARA PIOR. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. 1. Nos termos da jurisprudência firmada por este Superior Tribunal de Justiça, **o princípio da *non reformatio in pejus* não pode ser aplicado para limitar a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, assim, anulado o primeiro julgamento por recurso exclusivo da defesa, é possível, em tese, caso seja alcançado um veredito diferente do primeiro, ser agravada a pena imposta ao condenado.** Precedentes. 2. A regra do art. 617 do CPP vale, contudo, para o Juiz-Presidente, responsável pela dosagem da sanção penal, **a quem está vedado agravar a situação do réu em um segundo julgamento**, ocorrido por força de recurso exclusiva da defesa. Precedentes. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 174.564, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrante: Luciano Hillebrand Feldmann. Paciente: Rodrigo da Rosa. Relator: Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 21 de junho de 2012 - **os grifos não estão na redação original**).

No caso, a matéria também não foi diretamente analisada, pois a insurgência defensiva referia-se ao reconhecimento de uma circunstância valorada negativamente no segundo julgamento e que não havia sido reconhecida no primeiro, pelo juiz-presidente. Não se trata, portanto, de circunstância reconhecida pelo júri, mas pelo juiz-presidente. Desta forma, o Ministro Jorge Mussi deu provimento para a tese defensiva sob o argumento de que o juiz-presidente, diferentemente dos jurados, não possui soberania, portanto, fica adstrito às circunstâncias reconhecidas em julgados anulados anteriormente. De outro lado, o referido ministro relator salientou que o princípio da vedação da *reformatio in pejus* não se aplica aos jurados, pois dotados de soberania, e caso a insurgência fosse em relação à matéria de competência do tribunal popular, a situação do réu poderia ser agravada.

Outrossim, também defendendo a não aplicação da vedação da *reformatio in pejus*

indireta no tribunal do júri, a Ministra Laurita Vaz, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 78366/SP, entendeu que, em razão da soberania dos veredictos, de caráter constitucional, podem os jurados agravar a situação do réu:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. RÉU SUBMETIDO POR DUAS VEZES AO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSOS DE APELAÇÃO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA SENTENÇA ATACADOS NO PRESENTE WRIT. [...] **RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA APENAS NO SEGUNDO JULGAMENTO. AGRAVAMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DO JÚRI POPULAR. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS** INDIRETA. [...] 3. Não há *reformatio in pejus* indireta pela imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da primeira sentença, em apelo da defesa, quando no novo julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, reconhece-se a incidência de qualificadora afastada no primeiro julgamento, eis que, em face da soberania dos veredictos, de caráter constitucional, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu. 4. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem denegada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 78. 366, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Altair Leite de Campos Junior. Paciente: Fábio de Andrade Silva. Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 28 de outubro 2008 - os grifos não estão na redação original)

4.4.2.2 Prevalência da vedação da *reformatio in pejus* indireta

Em sentido oposto, no Tribunal e Justiça de Santa Catarina, em acórdão de relatoria do Desembargador Volnei Celso Tomazini, entendeu-se pela aplicação do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta com o redimensionamento da pena imposta num segundo julgamento para àquela imposta no primeiro, mais benéfica, já que neste foi reconhecido o homicídio privilegiado e naquele não:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, INCISO III E IV, DO CÓDIGO PENAL). **PRIMEIRO JULGAMENTO ANULADO POR CULPA DA ACUSAÇÃO.** RÉ SUBMETIDA A NOVO JULGAMENTO. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PLEITEADA A REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO EM DECORRÊNCIA DA NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA PRIMEIRA SESSÃO DO JÚRI. NÃO OCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. INCIDENTE ATRIBUÍDO À PROMOTORIA DE JUSTIÇA QUE TERIA DADO CAUSA A ANULAÇÃO DA PRIMEIRA SESSÃO DE JULGAMENTO. JURADOS QUE, NAQUELA OCASIÃO, HAVIAM ACOLHIDO A TESE DEFENSIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO (ART. 121, § 1º, DO CP). **BENESSE NÃO RECONHECIDA NO SEGUNDO JULGAMENTO. REFORMA PARA PIOR VERIFICADA. READEQUAÇÃO DA PENA, COM OBSERVÂNCIA À CAUSA DE DIMINUIÇÃO QUE SE IMPÕE.** RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0017313-46.2011.8.24.0033, da 1ª Vara Criminal de Itajaí. Apelante: Andréa Waldrich. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini, 2ª Câmara Criminal, Florianópolis, SC, julgado em 26 de abril 2016 - o grifo não está na redação original).

Contudo, em que pese o acerto em sobrepor o princípio da vedação da *reformatio in*

pejus indireta sobre a soberania dos veredictos no tribunal do júri, denota-se que no caso em análise não há se falar em vedação da *reformatio in pejus* indireta posto que daquele primeiro julgamento em que se reconheceu o homicídio privilegiado houve recurso do órgão acusador, o que derrui completamente referida vedação.

E no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Nefi Cordeiro entendeu pela aplicação do princípio, de ofício, para que a pena do segundo julgamento não ultrapassasse os limites do primeiro:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. HOMICÍDIO. APELAÇÃO. NULIDADE DO QUESITO. SEGUNDO JULGAMENTO. **IMPOSIÇÃO DE PENA SUPERIOR À FIXADA NO PRIMEIRO JULGAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO LIMITE DA CONDENAÇÃO IMPOSTA NO JULGAMENTO ANTERIOR. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA CONFIGURADA. ILEGALIDADE FLAGRANTE EVIDENCIADA.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. **Verificada a presença de ilegalidade flagrante, porquanto, realizado novo julgamento, foi imposta pena superior à fixada no primeiro julgamento, após exame exclusivo do recurso da defesa, sem que se observassem os limites impostos no primeiro julgamento, importando, assim, em inegável *reformatio in pejus* indireta.**

3. **O direito ao duplo grau de jurisdição se sobrepõe ao princípio da soberania dos veredictos, prevista no art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal, pelo que importa em inegável *reformatio in pejus* indireta o agravamento da pena resultante do novo julgamento realizado em face de recurso exclusivo da defesa, ainda que em casos atípicos como o presente, no qual somente o apelo interposto pela defesa teve seu mérito analisado pela Corte a quo.**

4. Diante da constatação, de ofício, de constrangimento ilegal decorrente da imposição de pena superior à fixada no primeiro julgamento, em razão da non *reformatio in pejus*, denota-se, também, que prescrita a pretensão punitiva estatal, porquanto decorrido prazo superior a 8 anos desde a pronúncia até a presente data.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para restabelecer a pena fixada no primeiro julgamento do paciente, declarando extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 328.577, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impetrante: Nilvio de Oliveira Batista. Paciente: José Horácio Mendes. Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, Brasília, DF, julgado em 09 de agosto de 2016 - **os grifos não estão na redação original**).

In casu, o acusado foi denunciado e pronunciado pela prática do delito descrito no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, e, no primeiro julgamento, teve sua conduta desclassificada para homicídio culposo, restando condenado a uma pena de 2 anos e 2 meses de reclusão, convertida em duas restritivas de direito. Irresignada a defesa interpôs recurso, que foi provido para que se anulasse o julgamento em razão de vício na quesitação. Em novo julgamento, o acusado foi condenado a pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado. Nessa senda, o ministro relator destacou a impossibilidade de agravamento da pena em um segundo julgamento oriundo de anulação requerida pela defesa, motivo pelo qual a pena imposta deve ser reduzida à 2 anos e 2 meses de reclusão, em observância do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta.

Nessa mesma direção, ainda no âmbito do Tribunal Superior, v.g., HC 139.621/RS, Rel.

Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016; HC 205.616/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 12/-6/2012, DJe 27/06/2012; e EDcl no HC 8.577/MG, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 30/08/1999.

Por derradeiro, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Cezar Peluso, no julgamento do *Habeas Corpus* 89544-1/RN, entendeu que “o princípio da personalidade dos recursos que obsta a *reformatio in pejus* – CPP, artigo 619 – encontra amparo no princípio do contraditório e da ampla defesa” defendendo o entendimento de que o juiz, ao proferir a nova sentença, está limitado à pena imposta no julgamento anterior, independente das circunstâncias de condenação do segundo júri:

AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. **Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. Reformatio in peius indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação consequente do justo processo da lei (due process of law), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos.** HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 89544-1, Rio Grande do Norte. Impetrante: Francisca Aires de Lima Leite. Paciente: Francisco Lindolácio de Aquino. Relatora: Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, Brasília, DF, julgado em 14 de abril de 2009 – o grifo não está na redação original).

No caso dos autos, o réu foi pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal, e, levado a julgamento perante o júri popular, resultou absolvido das imputações. Inconformado, o órgão ministerial recorreu alegando que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas dos autos. Ao apelo do Ministério Público foi dado provimento, determinando-se a submissão do apelado a nova sessão de julgamento.

No segundo julgamento, o Conselho de Sentença condenou o acusado pois entendeu que ele teria agido com excesso doloso na legítima defesa, sendo-lhe aplicada uma pena de 6 anos de reclusão em regime inicial semiaberto. Deste segundo julgamento, apenas a defesa recorreu almejando a nulidade do julgamento sob o argumento de que houve contradição na formulação dos quesitos. A apelação defensiva foi acolhida, anulando-se o julgamento para que o acusado fosse novamente submetido a sessão plenária.

Neste terceiro e último julgamento, os jurados reconheceram o homicídio qualificado,

sendo aplicada uma pena de 12 anos de reclusão em regime integralmente fechado³⁹.

Diante desse quadro, a defesa do réu interpôs novo recurso de apelação, que não foi provido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Ao depois, interpôs recurso especial, que teve seguimento negado, de cuja decisão interpôs agravo de instrumento em recurso especial, que não foi conhecido. Desta decisão de não conhecimento, a defesa interpôs o *Habeas Corpus* de n. 89.544 perante o Supremo Tribunal Federal, requerendo o reconhecimento da *reformatio in pejus* indireta para que a pena do acusado fosse diminuída ao patamar anterior, qual seja, de 6 anos de reclusão em regime semiaberto. E, enfim, o pedido foi concedido e foi concedida a ordem para que a pena fosse readequada àquele patamar almejado.

O Ministro Cezar Peluzo entendeu que não há hierarquia entre os princípios da soberania dos vereditos e da vedação da *reformatio in pejus* indireta, posto que este é corolário do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, igualmente previstos na Constituição.

Ante o exposto, constata-se, portanto, que o tema ainda é controverso tanto na doutrina quanto na jurisprudência, merecendo maior aprofundamento teórico para que se possa chegar a uma conclusão que respeite tanto a soberania dos vereditos quanto a vedação da *reformatio in pejus* indireta.

4.5 UMA SOLUÇÃO CONCILIATÓRIA EM FACE DA COLISÃO DA VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA COM A SOBERANIA DOS VEREDITOS

Em primeiro lugar, é necessário perquirir sobre o caráter constitucional da vedação da *reformatio in pejus* indireta. Conforme destacado no capítulo anterior (item 3.3.2), defender-

³⁹ Quando a Lei n. 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos, foi publicada, o art. 2º, § 1º previa que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Contudo, grande parte da doutrina e da jurisprudência entendia que tal dispositivo era inconstitucional pois feria o princípio da individualização da pena, além de agravar a superlotação carcerária. Nesse sentido, no início de 2006, a matéria foi submetida a apreciação pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento ao HC 82.959/SP, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, resultando na declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos. Na ementa do referido acórdão, destacou-se que “conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado”.

A presente declaração de inconstitucionalidade ainda deu origem à Súmula Vinculante n. 26 do STF: “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Por fim, em 2007, a Lei n. 11.464 alterou a redação daquele § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondo, passando a dispor que “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”, e ainda acrescentou um novo § 2º com fração diferenciada daquela prevista no Código Penal: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

se-á que o princípio da vedação da *reformatio in pejus* é corolário dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, bem como do duplo grau de jurisdição, uma vez que tem como objetivo permitir que o acusado possa se insurgir contra decreto condenatório sem uma possível piora na sua situação processual.

Nesse ponto, Nucci (2007, p. 951) defende que “é preciso considerar que a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, também é princípio constitucional”.

E, em sentido semelhante, Rabello (2009, p. 16-18) explica que é preciso realizar uma constitucionalização do processo penal, de modo que o princípio da *ne reformatio in pejus* indireta não pode ser interpretado como mera regra infraconstitucional, mas sim princípio constitucional implícito, decorrendo dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

No ponto, o autor destaca que “deve-se considerar inadequado, do ponto de vista constitucional, a afirmação de que o princípio da *ne reformatio in pejus* tem status infraconstitucional”. E prossegue o autor argumentando que “se trata, isso sim, de um princípio constitucional implícito, decorrente do princípio da ampla defesa e do devido processo legal” (RABELLO, 2009, p. 16-18).

Nesse sentido, a vedação da *reformatio in pejus*, tanto direta quanto indireta, não se resume a regra ordinária a teor do artigo 617 do Código de Processo Penal, mas em verdadeiro princípio constitucional permitindo que o acusado possa utilizar todos os meios jurídicos possíveis para ver sua situação melhorada, em respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, e do duplo grau de jurisdição.

Portanto, tratando-se de dois princípios constitucionais, a solução “não pode mais se dar com base no critério hierárquico – pois, agora, se está diante de dois princípios constitucionais fundamentais –, mas deve ser solucionada no âmbito da ponderação de princípios” (RABELLO, 2009, p. 16-18).

Nessa senda, em se tratando de colisão de princípios constitucionalmente previstos, conforme anteriormente exposto, Alexy (2008, p. 93-94) defende que é necessário perquirir qual possui maior peso no caso concreto, pois, para o autor, “se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder”.

Bem a propósito, Silva Neto (2006, p. 518) explica que há muito já se superou a fase dos denominados “direitos absolutos”, até porque, nas palavras do autor, “a ideia poderia reconduzir à prevalência absoluta de um direito fundamental em face de outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios da unidade e da concordância prática”.

Sobre isso, Mendes (2016, p. 92-93, página) explica que a concordância prática consiste

na análise de uma norma dentro do sistema que a integra, isto é, nenhuma norma constitucional deve realizar-se senão em conexão com a totalidade das normas constitucionais. E, nesse diapasão, as normas constitucionais devem ser interpretadas em uma unidade.

Destaca-se que o princípio da concordância prática não é contrário ao método de ponderação de princípios nos moldes propostos por Alexy. Isso porque, para esse autor, o método de ponderação de princípios não visa à invalidação de um deles, ou a realização de um às custas de outro, de forma precipitada, o que implica reconhecer que a ponderação não deve se realizar de forma abstrata e genérica, mas levando em consideração o caso concreto, em uma tarefa de otimização. E, “nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado princípio da concordância prática” (ALEXY, 2008, p. 173).

Assim, partindo da unidade orgânica e da integridade axiológica da Constituição, Lopes Jr. (2016, p. 990) destaca que “deve haver uma coexistência harmônica dos bens tutelados, sem predomínio teórico de uns sobre outros”.

E, por isso, pode-se argumentar que todos os direitos individuais são passíveis de limitação, e, nesse diapasão, a colisão de princípios não será solucionada com a invalidação de um deles, mas com o sopesamento de ambos, limitando algum em razão do outro, para que se defina qual dos princípios tem maior valor na análise do caso concreto.

Não sucede de maneira diferente quando tratamos da vedação da *reformatio in pejus* indireta, que decorre das garantias do devido processo penal, do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, e da garantia da soberania dos veredictos, porquanto ambos estão previstos na Constituição, esta explicitamente e aquela implicitamente nas garantias relacionadas, mormente no capítulo que trata das garantias individuais.

Certamente a melhor solução deve buscar a conciliação de ambos os princípios em um sistema de sopesamento de valores ante o caso concreto.

Com efeito, o que se pretende demonstrar, diante da colisão da vedação da *reformatio in pejus* indireta e da soberania dos veredictos, é que esta deve ser circunscrita dentro de um contexto protetivo do acusado, isto é, defender-se-á que a soberania dos veredictos é garantia do acusado de não ser julgado por juiz togado, e não uma garantia dos jurados, mormente por estar inserido no capítulo que trata das garantias **individuais** na nossa Carta Magna.

Do contrário, o legislador teria inserido o tribunal do júri nas regras de competência no capítulo que trata do Poder Judiciário, como fez em relação à justiça militar, eleitoral, federal, entre outras.

Nessa senda, sendo o júri e todas as suas regras e, *in casu*, a soberania dos veredictos, instrumento de proteção do indivíduo assim previstos na Constituição, não podem ser interpretados em desfavor do acusado, motivo pelo qual referido princípio deve ser limitado

ante a vedação da *reformatio in pejus* indireta.

Nesse cenário, denota-se que inexistente motivação idônea para que se limite a vedação da *reformatio in pejus* indireta no tribunal do júri, sobretudo porque os jurados e o juiz-presidente exercem funções distintas. Referido princípio não impede que os jurados decidam soberanamente, julgando com plena liberdade, aplicando-se, tão só, ao juiz presidente da sessão, que, ao realizar a dosimetria e aplicar a pena, deverá limitá-la àquele patamar máximo fixado no julgamento anulado.

Salienta-se ainda que o princípio da soberania dos veredictos não exclui a recorribilidade das decisões em razão do princípio do duplo grau de jurisdição, outro motivo pelo qual não deve limitar, também, a vedação da *reformatio in pejus* indireta.

Ante o exposto, entende-se que, nos moldes propostos por Rabello, a soberania dos veredictos é forma de garantia do indivíduo acusado e, por isso mesmo, não pode ser usada em seu desfavor, de modo que, num segundo julgamento a ser realizado por um segundo corpo de jurados, o acusado não poderá ter sua situação piorada caso somente ele tenha recorrido da condenação anterior.

No sistema processual penal vigente, nas palavras de Barbosa Jr. e Leme (2008, p. 87), “não há como garantir o devido processo legal sem permitir amplo acesso ao duplo grau de jurisdição, e isso significa a adoção irrestrita da proibição da *reformatio in pejus*”.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo principal tratar da colisão de princípios que ocorre quando o acusado pela prática de crime doloso contra a vida é submetido a segundo julgamento perante o tribunal do júri decorrente de recurso exclusivo da defesa. Isso porque, ao mesmo tempo em que é vedada a *reformatio in pejus* indireta, uma das garantias do júri é a soberania dos veredictos.

Para tanto, a pesquisa iniciou-se com uma abordagem teórico e histórica da instituição do tribunal do júri, demonstrando-se que essa instituição foi inserida nos capítulos destinados aos direitos e garantias fundamentais nas Constituições de 1891, 1946, 1967 e na atual Constituição de 1988. Contudo, na Constituição de 1937 a instituição foi ignorada e nada se mencionou sobre a sua subsistência no nosso sistema.

Depois, passou-se à descrição da caracterização da instituição do júri atualmente e do procedimento do tribunal do júri e suas duas fases: juízo de formação de culpa (*judicium accusationis*) e o juízo de mérito (*judicium causae*). Até a prolação da decisão de pronúncia, na qual o juiz decide sobre a admissibilidade da acusação e a submissão (ou não) do acusado ao júri popular, o procedimento do júri é similar ao procedimento ordinário previsto no nosso Código de Processo Penal, contudo, ao final dessa primeira fase, o juiz, fundamentalmente, decidirá entre as quatro hipóteses previstas no Código de Processo Penal, quais sejam: a) pronúncia do acusado, levando à julgamento pelo tribunal popular; b) impronúncia do acusado, onde se reconhece a insuficiência de provas para a submissão do réu ao júri, extinguindo o processo sem resolução do mérito; c) desclassificação, reconhecendo a prática de outra conduta que não aquela de competência do tribunal do júri; e d) absolvição sumária, julgando-se improcedente a denúncia quando incorrer uma das hipóteses do art. 415 do Código de Processo Penal.

De outro lado, na segunda fase do procedimento, os jurados decidirão sobre o mérito da causa através de votação realizada por meio de quesitos formulados pelo juízo. Os jurados deverão responder sim ou não às perguntas formuladas. Já o juiz-presidente proferirá a sentença nos limites do que foi decidido pelos jurados, ou seja, cabe ao juiz realizar a dosimetria penal levando em consideração as qualificadoras, privilegiadoras, causas de aumento ou diminuição de pena reconhecidas pelos jurados, bem como aplicar agravantes e atenuantes debatidas em plenário, além de observar as demais etapas da aplicação da pena.

Em razão da soberania que permeia o rito do tribunal do júri, o recurso de apelação cabível da decisão dos jurados assume particularidades em relação aos recursos interpostos no procedimento ordinário, isso porque não é possível o tribunal superior substituir o julgamento

popular por outro.

Desta forma, havendo insurgência quanto à decisão tomada, a parte insatisfeita poderá alegar uma daquelas hipóteses previstas no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, sendo elas: a) nulidade posterior à pronúncia; b) sentença contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; e, ainda, d) que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Nos casos de nulidade posterior à pronúncia e de decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, se provido o recurso, o julgamento será anulado para que outro se realize em seu lugar. Já nas outras hipóteses, como versam sobre matéria afeta ao juiz-presidente, o provimento do recurso permite que o tribunal *ad quem* refaça tanto a sentença penal para que fique em conformidade com a lei ou à decisão dos jurados como a aplicação da pena ou da medida de segurança para sanar o erro ou injustiça sem que o julgamento seja anulado.

Em um segundo momento, passou-se à análise dos direitos e das garantias e à evolução histórica do conceito de ambos, concluindo-se, primeiramente, que direitos são variáveis ao longo do tempo em decorrência das condições históricas. E, por isso, a consolidação dos direitos fundamentais como temos hoje é fruto de uma maturação histórica. Os direitos oriundos desse processo histórico ficaram conhecidos por meio de gerações ou de dimensões a que pertencem.

Depois, conclui-se que as disposições constitucionais declaratórias imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, enquanto as disposições assecuratórias são as que limitam o poder em defesa daqueles direitos, constituindo-se em garantias, ou seja, são instrumentos, meios, para que a efetivação de determinado direito.

Após essa distinção, passou-se a exposição das principais garantias processuais penais e, ao final, defendeu-se que o tribunal do júri constitui-se uma garantia individual do acusado submetido a julgamento pelo tribunal popular, posto que o tribunal do júri está previsto no capítulo destinado às garantias individuais do cidadão na nossa Constituição, bem como porque, historicamente, constitui-se em direito do acusado de ser julgado por seus pares.

Em continuidade, passou-se a descrição da vedação da *reformatio in pejus* e as suas espécies, sendo elas: a) *reformatio in pejus* direta, quando o tribunal *ad quem* modifica a decisão em prejuízo do réu em recurso exclusivo deste, sendo vedado expressamente no nosso ordenamento no art. 617 do Código de Processo Penal; b) *reformatio in pejus* indireta, quando o tribunal *ad quem* anula processo em requerimento defensivo e remete ao juiz singular para repetição dos atos viciados. Na nova decisão prolatada, o juízo não poderá igualmente piorar a situação do acusado. Essa hipótese decorre de entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário posto que o Código de Processo Penal é omissivo quanto ao tema; e c) *reformatio in*

mellius quando o tribunal *ad quem* modifica para melhor a situação do acusado em recurso exclusivo da acusação. Alguns autores chamam de *reformatio in pejus* para a acusação, posto que a situação do órgão acusador piorou através de um recurso seu. Contudo, apesar de algumas divergências doutrinárias, é pacífico, na jurisprudência, o entendimento que aceita essa possibilidade já que não há qualquer obstáculo na legislação, bem como não há se falar em ampla acusação ou prejuízo para a persecução penal.

A partir dessas explanações acerca da vedação da *reformatio in pejus*, defendeu-se que este princípio decorre do princípio da ampla defesa, na medida em que visa evitar que o réu se sinta tolhido ou inclinado a não impulsionar o duplo grau de jurisdição com receio de uma possível piora na sua situação processual.

Também, defendeu-se que a vedação da *reformatio in pejus* é corolário do sistema acusatório posto que a acusação contentou-se com aquela primeira decisão, não havendo motivo para que o poder judiciário piore a situação do réu sem manifestação do Estado-acusador neste sentido.

Na sequência, foram descritas as garantias do tribunal do júri, sendo elas a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida e, por fim, a soberania dos vereditos. Em relação a essa última, demonstrou-se que a decisão dos jurados é soberana na medida em que não pode ser substituída por decisões de juízes togados. Tanto é assim que, na existência de nulidade ou de decisões em desacordo com as provas dos autos, o julgamento de mérito não pode ser substituído pelo órgão *ad quem*, devendo este, apenas, anular o julgamento e determinar a realização de outro.

No derradeiro capítulo, tratou-se, por primeiro, de expor os conceitos de norma, de princípios e de regras, para, depois, analisar-se os principais posicionamentos acerca da colisão de princípios. Nesse viés, demonstrou-se que, em sentido bastante semelhante, tanto Robert Alexy quanto Ronald Dworkin defendem que a colisão de princípios deve ser solucionada no campo da eficácia, analisando-se o caso concreto e sopesando os princípios para se chegar àquele que possui maior peso ou importância no caso concreto. De outro lado, os autores defendem que, quando as regras assumem posições contraditórias, por não possuírem esse caráter de peso, a aplicação de uma levará à invalidação das demais a ela contrapostas.

A partir dessas explanações acerca do sopesamento de princípios, passou-se a descrever a colisão que ocorre entre o princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta e o princípio da soberania dos vereditos no âmbito do tribunal do júri, demonstrando-se os principais posicionamentos na doutrina e na jurisprudência.

De um lado, alguns posicionamentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais entendem que o princípio da soberania dos vereditos deve prevalecer sobre o princípio da

vedação da *reformatio in pejus* indireta, por ser aquele princípio constitucional e este mera regra ordinária. De outro, entendem que o princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta decorre do princípio da ampla defesa, e, portanto, também possui gênese constitucional, motivo pelo qual o princípio da soberania dos vereditos não deve prevalecer.

Para essa última corrente, que foi acolhida no presente trabalho monográfico, a Constituição deve guardar concordância prática entre suas normas e, por isso, ambos os princípios devem ser interpretados em favor do acusado, isto é, defendeu-se que a soberania dos vereditos é garantia do acusado de não ser julgado por juiz togado, e não uma garantia dos jurados, mormente por estar inserido no capítulo que trata das garantias individuais na nossa Carta Magna, motivo pelo qual, quando em conflito com a vedação da *reformatio in pejus* indireta, esta deve prevalecer irrestritamente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Soberania do Tribunal do Júri**. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-regra-da-non-reformatio-in-pejus-indireta-e-a-soberania-dos-veredictos-no-tribunal-do-juri>. Acesso em 14 de julho de 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.
- BARBOSA JÚNIOR, Salvador José; LEME, Tatiana Capochin Paes. O princípio da *reformatio in pejus* indireta e o direito ao duplo grau de jurisdição no tribunal do júri. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 9, n. 50, p. 75-88.
- BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos inconstitucionais**. 2º ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1892, disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242783>. Acesso em 17 de novembro de 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BISSOLI FILHO, Francisco. **Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória**. Curitiba: Juruá, 2011.
- _____. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**. Florianópolis: Habitus, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em 16 de fevereiro de 2019.
- BRASIL. **Código de Processo Penal** (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com suas posteriores alterações). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Último acesso em 02 de março de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.132.728, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recorrente: José Maximiniano da Silveira Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Severino Felinto da Silva. Relator: Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 26 de agosto de 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 174.564, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrante: Luciano Hillebrand Feldmann. Paciente: Rodrigo da Rosa. Relator: Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 21 de junho de 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 78. 366, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Altair Leite de Campos Junior. Paciente: Fábio de Andrade Silva. Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 28 de outubro 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 328.577, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impetrante: Nilvio de Oliveira Batista. Paciente: José Horácio Mendes. Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, Brasília, DF, julgado em 09 de agosto de 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89544-1, Rio Grande do Norte. Impetrante: Francisca Aires de Lima Leite. Paciente: Francisco Lindolácio de Aquino. Relatora: Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, Brasília, DF, julgado em 14 de abril de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0017313-46.2011.8.24.0033, da 1ª Vara Criminal de Itajaí. Apelante: Andréa Waldrich. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini, 2ª Câmara Criminal, Florianópolis, SC, julgado em 26 de abril 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2011.084503-7, da 1ª Vara Criminal de Criciúma. Apelante: Marcelo Fernandes Antônio. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Desembargadora Salete Silva Sommariva, 2ª Câmara Criminal, Florianópolis, SC, julgado em 18 de março 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Oscar Valente. O Aspecto Quádruplo da Motivação das Decisões Judiciais: Princípio, Dever, Direito e Garantia. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**. Nº 111, jun. 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editora. 2010.

CRUZ, André Gonzalez. O princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera, S?o Luis**, n. 20, p. 113-128, jan./dez. 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Tribunal do júri: procedimento especial comentado por artigo**. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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. 5º, XXXVIII, da Constituição da República**. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/22172/16021>. Acesso em 28 de julho de 2018.

GIACOMOLLI, Nereu. **Reformas(?) do Processo Penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013.

GRECO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Recursos no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HART, M. L. A. **O Conceito de direito**. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.

JESUS, Damásio E. **Código de processo penal anotado**. 12. ed. atual. e aum. São Paulo:

- Saraiva, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Campinas: Bookseller, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Guilherme Penã. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no Direito Processual Penal**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2004.
- _____. **Garantias Fundamentais na Área Criminal**. São Paulo: Manole, 2014.
- NASSIF, Aramis. **Júri**: instrumento de soberania popular. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora do advogado, 2008.
- _____. **O Novo Júri Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri**: Princípios Constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- _____. **Código de Processo Penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- _____. **Tribunal do júri**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. Tribunal do Júri. Sessão de julgamento e assentada especial. Protestos. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- RABELO, Galvão. **O Princípio da *Ne Reformatio in Pejus* Indireta nas Decisões do Tribunal do Júri**. Boletim do IBCCRim, n. 203, outubro de 2009, p. 16-18.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei, LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: RT, 1999.
- SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editora, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.
- _____. **Processo Penal**. 32. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.
- _____. **Processo Penal**. 32. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.
- _____. **Processo Penal**. 32. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica

brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.