

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

JOSÉ PROCOPIO DA SILVA DE SOUZA DIAS

**O Tribunal do Júri e o foro por prerrogativa de função: o
enunciado da súmula nº. 721 do Supremo Tribunal Federal**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva.

**São Paulo
2009**

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva pelos valiosos ensinamentos, cuidado e atenção que dedicou desde o início da minha trajetória no mestrado até a elaboração final deste trabalho.

Aos meus pais Maria Cecília e Marcelo (*in memoriam*), com o sentimento de tê-los honrado, a sensação do dever cumprido.

À Viviana, por todo o amor e carinho.

Ao amigo Antônio Evangelista de Souza Netto, o reconhecimento pelo apoio, mesmo nos momentos difíceis.

A todos que de alguma forma contribuíram para esta pesquisa e também aqueles que honraram e dignificaram o Tribunal do Júri. Ao Tribunal do Júri.

“O advogado levanta-se tenso, em “estado de Júri”, um turbilhão de idéias e argumentos na cabeça. Dele depende a liberdade do ser humano sentado á sua frente (...). Não é possível errar, o discurso é dito uma só vez, não se repete, não se corrige...”
Evandro Lins e Silva, A defesa tem a palavra.

RESUMO

O presente trabalho buscou enfrentar a questão relativa ao órgão jurisdicional competente para julgar a imputação de crime doloso contra a vida se o acusado for detentor de foro determinado constitucionalmente, por força do exercício de cargo ou mandato (foro por prerrogativa de função).

Qual disposição constitucional deve prevalecer: a prevista no artigo 5º. XXXVIII, “d”, que impõe o Tribunal do Júri como juiz natural dos crimes dolosos contra a vida ou outra norma constitucional que competisse a órgão diverso o julgamento do acusado, dado que detentor de determinado cargo ou mandato?

O Supremo Tribunal Federal já havia enfrentado a matéria, entendimento plasmado na Súmula 721. Desconfiávamos das premissas que orientaram o raciocínio do Tribunal. Estimávamos que, ao fazer avultar o foro por prerrogativa de função em detrimento do Tribunal do Júri, poderia ter imposto maus tratos à Constituição, ao não valorar devidamente a importância do Tribunal do Júri, dado que o poder emana do povo.

Partimos da reconstrução histórica e constatamos o relevante papel dos tribunais populares na consolidação democrática. Aproximamos estas constatações ao Estado Democrático de Direito vigente, seus fundamentos e princípios para posicionar o Tribunal do Júri como consequência da própria dignidade da pessoa humana. Neste diapasão, segundo concluímos, sua competência é norma especial, em detrimento de foro por prerrogativa de função, mesmo que constitucionalmente estabelecido.

ABSTRACT

This work addresses the issue of which jurisdictional body is competent to hear a malicious crime against life when the accused is entitled by constitutional precept to a specific *forum* on account of the exercise of a given position or mandate (special jurisdiction by force of position).

Which constitutional provision should prevail: the one set out in article 5, XXXVIII (d), which states that malicious crimes against life are subject to trial by jury, or any other constitutional rule vesting another jurisdictional body with authority to judge an accused who exercises a given position or mandate?

The Brazilian Federal Supreme Court (STF) had already tackled this issue and consolidated its stand in Precedent 721. But the assumptions underlying the STF rationale remained a bone of contention. After all, it stands to reason that, in favoring the special jurisdiction by force of position in detriment to trial by jury, perhaps this approach ran counter the most well-ingrained tenets of the Brazilian Constitution by downplaying the importance of trial by jury, which epitomizes the maxim that all power emanates from the people.

This work thus makes a historical study of this issue and points out the relevant role played by people's courts in cementing democratic values. Such background is followed by an elaboration on the grounds and precepts of the current rule of law system, to herald the trial by jury as a proper measure of the very dignity of human person. Consequently, this work concludes favorably on the special jurisdiction of trial by jury, which shall prevail over the constitutional jurisdiction by force of position.

SUMÁRIO	
1. INTRODUÇÃO.....	9
2. JURISDIÇÃO	
2.1 As Bases da Jurisdição.....	11
2.2 Conceito de Jurisdição.....	17
2.3 Espécies de Jurisdição.....	19
2.4 Jurisdição e Competência.....	23
2.5 Critérios para Fixação da Competência.....	24
2.6 Princípios e Características da Jurisdição.....	27
2.7 Garantia do Juiz Natural.....	31
2.7.1 Conteúdo do Princípio do Juiz Natural.....	33
2.7.2 Evolução Histórica do Princípio do Juiz Natural	34
2.8 Tribunais de Exceção.....	40
3. O TRIBUNAL DO JÚRI	
3.1 Origem e Evolução Histórica.....	43
3.1.2 O Júri Inglês e a sua migração ao continente.....	54
3.2 O Júri e o <i>Escabinado</i>	57
3.3 A Participação Popular na Justiça.....	61
3.3.1 O <i>Escabinado</i> Francês.....	62
3.3.2 O <i>Escabinado</i> Alemão.....	66
3.3.3 O Júri Americano.....	74
3.3.4 O <i>Escabinado</i> Português.....	81
3.4 O Júri no Brasil.....	84
3.5 Os Princípios Constitucionais do Júri.....	97
3.5.1 Plenitude de Defesa.....	98
3.5.2 O Sigilo das Votações.....	103
3.5.3 Soberania dos Veredictos.....	105
3.5.4 Competência para o os crimes dolosos contra a vida.....	107
4. O FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
4.1 Conceito e Importância.....	109
4.2 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.....	113
4.3 Dignidade da Pessoa Humana e Juiz Natural.....	119
4.4 A Igualdade como Corolário da Dignidade da Pessoa Humana.....	120

5. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....	128
5.1 Conceito e Contextualização Histórica.....	129
5.2 Foro por prerrogativa de função no Brasil.....	130
5.3 Foro Privilegiado, por Prerrogativa de Função e Tribunal de Exceção.....	137
5.4 A opção política por haver foro por prerrogativa de função.....	140
5.5 O Regime Constitucional Brasileiro e o foro por prerrogativa de função...	144
6. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: COMPETÊNCIA DO JÚRI E ACUSADO MERECEDOR DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	145
6.1 A suposta especialidade do foro por prerrogativa de função, em detrimento do Júri.....	148
6.2 A coerência da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal em matéria de competência.....	156
6.2.1 A questão do detentor de cargo ou mandato processado por crime doloso contra a vida, perante Tribunal, que renuncia.....	159
6.2.2 Crime doloso contra a vida, foro por prerrogativa de função e co-réu.....	162
6.2.3 A questão da competência nos crimes praticados por prefeitos.....	163
7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	164
8 – BIBLIOGRAFIA.....	166

1. INTRODUÇÃO

A participação popular na distribuição da Justiça é tema que tem encantado os estudiosos. Alguns advogam que os juízes “leigos” não possuem capacidade de bem decidir e que por não dominarem as normas jurídicas se deixam influenciar pela emoção e por preconceitos, proferindo decisões teratológicas. Outros defendem a participação popular na jurisdição como instrumento de efetividade do Estado Democrático de Direito.

Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil postos por força da Constituição de 1988 encontra-se, com invulgar destaque, a dignidade da pessoa humana. No rol dos direitos e garantias individuais do cidadão institui-se o Tribunal do Júri, como Juiz natural dos crimes dolosos contra a vida. O que nos animou à pesquisa foi uma aproximação científica entre a dignidade inerente a todo o ser humano e o seu direito, consoante a Constituição Federal, na hipótese de crime doloso contra a vida, de julgar um seu semelhante, ou mesmo vir a ser julgado por seus pares.

A partir de uma perspectiva histórica da participação popular na Justiça e dos subsídios de uma investigação de direito comparado, em democracias consolidadas, buscamos o relevo do Tribunal do Júri na efetivação dos ideais democráticos.

Investiga-se a consolidação do Tribunal do Júri no Brasil até a alta relevância obtida com a Constituição Federal. O ponto culminante aborda a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, plasmada no enunciado da Súmula 721: “*A Competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.*”. A premissa aceita pelo Supremo Tribunal Federal é de que o foro por prerrogativa de função, previsto na Constituição Federal seria uma norma especial, prevalente em detrimento do art. 5º., inciso XXXVIII, letra “d”, da mesma Constituição. Enfrentamos o conflito aparente de normas constitucionais, mas sob o prisma da importância do Tribunal do Júri, pela sua conexão direta com os fundamentos e princípios consagrados constituicionalmente.

Trata-se, principalmente, de um tributo ao Tribunal do Júri, instituição a qual nos dedicamos por oito anos, no cargo de procurador do Estado da Assistência Judiciária Criminal. Reconhecemos que o Tribunal do Júri pode eventualmente se transformar numa fogueira de vaidades. Mas, a bem da verdade, constata-se que os atores passam e fica a Instituição: Tribunal do Júri, palco do bom debate, do pluralismo, da compaixão, da Democracia e da Justiça. Amor ao Júri.

2. A JURISDIÇÃO

2.1. As Bases da Jurisdição

O conflito é inerente à natureza humana. Os bens da vida são escassos. Dado o aspecto gregário do ser humano e o componente hedonista próprio dos indivíduos, nas fases primitivas da civilização¹, inexistia um Estado² suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito aos particulares. Não havia um órgão estatal soberano, nem mesmo leis que regulassem a vida em sociedade. Quem quisesse algo para si, ou mesmo quem se sentisse agravado de alguma maneira, valia-se das suas próprias potências para fazer prevalecer a sua vontade. Conhecida doutrina designou esta forma de resolução de conflitos de *autotutela*. Gradualmente a imposição física, pela luta, extremamente gravosa para os contendores, deixou de ser absolutamente necessária. Com a evolução da linguagem, da capacidade de articulação de idéias pelos seres humanos, a racionalidade começou

¹ ARAUJO CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R.. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 24^a. ed., p. 27, 2007.

²Abordando o problema da relação entre o Estado e o poder político, Jorge Miranda reconhece três formas de encarar a questão, a saber: i) Estado e sociedade política identificam-se, e neste caso aquele é tomado como fenômeno permanente e universal; ii) o Estado é uma espécie de sociedade política; iii) o problema não se coloca, ou porque não se lida com um conceito de Estado, ou por se reduzir o Estado ao nome convencional dado a qualquer sociedade política. Entende melhor a segunda orientação, pois não se justifica confundir as formas primitivas de sociedades políticas com as formas complexas que surgem ulteriormente. Consigna, entretanto, que a definição clássica de Estado a partir dos três elementos – povo, território e poder político - é apenas um dos tipos possíveis de Estado: o Estado nacional soberano, que nascido da Europa, se espalhou recentemente por todo o mundo. MIRANDA, J.. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 7^a. Ed., 2003, Tomo I, pp.43-44.

gradualmente a superar a força bruta e a previsibilidade quanto ao resultado de um eventual conflito começou a arbitrar as relações de poder entre os indivíduos. Aos poucos estes começaram a compor-se, sem necessidade de violência, no que se convencionou chamar de *autocomposição*. Na *autocomposição* um dos contendores desiste do que pretende, submete-se a pretensão alheia ou transaciona com o rival, pela via das concessões recíprocas.

O poder consolidou-se das mais diversas formas, sejam pacíficas, sejam violentas, ao longo da história e não parece grosseira aproximação afirmar que a sofisticação dos grupamentos humanos, forjados pelos vínculos de parentesco e guerras com outros grupos, fez naturalmente ascender, no meio destes grupos, pessoas com autoridade para *arbitrar* eventuais conflitos. Estes “árbitros” eram normalmente sacerdotes (que dominavam o mítico e dialogavam com o sobrenatural), anciãos (que por maior vivência, detinham maior respeitabilidade) ou simplesmente os fisicamente mais fortes.

Esta entrega do *poder* a um terceiro não protagonista do conflito é objeto de indagação dos filósofos. Para Jean Jacques Rousseau³ todo o homem nasce livre. A mudança do estado natural de liberdade para o jugo decorreria da apropriação privada, que impôs a necessidade de pactos sociais, cedendo o homem a totalidade de seus direitos naturais para o Estado, para que este os

³ ROSSEAU, J. J..O Contrato Social. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 21.

desenvolvesse, e os transformasse em direitos civis, garantidos e protegidos pelas leis, que deveriam corresponder à vontade geral da coletividade.

Por outras palavras, aquele que primeiro disse “isto é meu” foi o próprio indutor da civilização tal como a conhecemos. Em muitas sociedades primitivas o sentido de propriedade individual não era conhecido, nem havia a necessidade de defesa por um indivíduo do seu patrimônio em face da cobiça alheia. Quanto às sociedades políticas pré-estatais, Jorge Miranda⁴ consigna que não é possível confundir aquelas mais simples (pigmeu, bosquímanos), as que possuem poder anônimo ou difuso e as que possuem um poder centralizado (exercido por um chefe, em nome próprio). São estas últimas que permitirão o surgimento de um ente abstrato que, soberanamente, concentra o poder de decidir os conflitos inerentes à vida comunitária.

Na transição do *ius naturalis* para o *status civilis*, para promover o bem comum e evitar a guerra de todos contra todos, cada indivíduo mesmo sem querer ou perceber, transfere a sua liberdade original para um poder absoluto, o Estado, com o objetivo de alcançar a segurança e evitar o eternizar das lutas contínuas. O grande passo na efetivação do Estado moderno derivou do monopólio da violência, com a proibição da *autotutela* para resolução dos conflitos, salvo hipóteses excepcionais.

⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 7ª. Edição, 2003, Tomo I, p.45.

Há quem reconheça a existência da “função de julgar” muito antes da própria estruturação do Estado, como Mário Guimarães⁵ para quem esta função é tão antiga quanto a própria sociedade. Em todo aglomerado humano, por mais primitivo, o choque de paixões e de interesses provoca desavenças que não de ser dirimidas por alguém. Esta alguém é o juiz. Na família – forma rudimentar de coletividade, juiz é o pai. No clã, é o chefe, em cujas mãos se concentram habitualmente, todos os poderes: é o rei, o general, o sacerdote, o legislador, o juiz. Mário Guimarães sinaliza a mudança:

“Quando se torna a grei mais numerosa, crescem e se complicam as relações humanas. O rei, absorvido por outras atividades, não terá tempo de prover todos os dissídios de seu povo, cometendo tais funções a um preposto, o juiz. Este, mero auxiliar do monarca, em cujo nome e por delegação se distribui a justiça. Nas mais antigas civilizações, seja no Egito, na Assíria, na Pérsia, na Índia, seja mesmo em Jerusalém a figura do juiz, distribuía a justiça, muita vez orientada por um júizo divino e isonômico”.

Na Roma do século II a.C, a participação do Estado no aspecto decisório da controvérsia ainda era tímida. Os cidadãos compareciam defronte o pretor para que uma solução arbitral houvesse, já que se repudiava a idéia de que o Estado cometesse ingerências nos negócios de alguém contra a vontade do

⁵ GUIMARÃES, M.. O Juiz e a Função Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 1ª. Ed. 1958. p. 19.

interessado⁶. Com a sofisticação do Estado romano e a necessidade da regularidade formal e segurança dos negócios, os pretores, que antes se limitavam a nomear ou aceitar a nomeação do árbitro, evoluíram para conhecer eles mesmos dos litígios e decidir-lhes o mérito, no que se convencionou chamar de *cognitio extra ordinem*.

Logo, conforme o Estado foi crescendo, naturalmente foi assumindo a função de árbitro único, soberano e definitivo dos conflitos dentro da sociedade. Não apenas para que o Estado, por um seu representante, dissesse como deveria ser resolvida a questão, mas também para que se coloque a favor das pretensões do vencedor, impondo-a ao vencido. A *coercibilidade*, a capacidade de impor as suas decisões, é uma característica da organização política estatal, e esta se exerce pelo monopólio da *jurisdição*.

Muitas reviravoltas houve no processo de equilíbrio da esfera de liberdade individual em contraposição ao arbítrio do Estado, cumprindo citar, pela sua relevância histórica, a Magna Carta, imposta pelos nobres ingleses ao Rei João Sem Terra⁷, em 1215. Aos poucos a idéia da origem divina do poder do Monarca foi cedendo às teorias *contratualistas*, como reação ao absolutismo. A

⁶ ARAUJO CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R.. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 24^a. ed., 2007, p. 28.

⁷ Estabeleceu o art. 21, que “*condes e barões não serão multados senão pelos seus pares, e somente de conformidade com o grau de transgressão*”, assim como no art. 39: “*nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra*”. (GRINOVER, A. P.. *O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia*. São Paulo: Revista de Processo. n. 29, 1983, p.12.)

partir da superação da idéia do soberano como representante de Deus, o fundamento filosófico de seu poder migra para a necessidade da segurança.

A revolução francesa de 1789 fez pulsar o movimento de constitucionalização pelo mundo ocidental, fundado nos ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade, e na dignidade inerente a todo ser humano. Mauro Capelletti⁸ sustenta que uma das características comuns à sociedade moderna consiste no crescimento extraordinário do Poder Judiciário. Esse fenômeno é paralelo a outro crescimento, pelo qual o primeiro foi em muitos modos estimulado ou verdadeiramente causado: o crescimento - em dimensões sem precedentes - dos “poderes políticos” no moderno estado “social” ou promocional, tanto nas suas formas mais moderadas ocidentais, quanto, obviamente, nas versões prevalentes na família jurídica socialista.

Conquanto houvesse oposição ao aspecto tríplice do Estado moderno,⁹ tal como concebido por Montesquieu, que bem distinguia as funções de legislar, executar as leis e julgar, a função jurisdicional seguiu bem distinguida da função executiva. A estas idéias somaram-se os ideais de universalização de direito para a algo utópica fundação última e transcendental da coexistência pacífica dos homens e dos povos.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 19-21

⁹ “As normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo poder judiciário; a diferença se estriba somente em que, em um caso, a execução das normas gerais está confiada aos tribunais e que em outro caso, aos chamados órgãos executivos ou administrativos. A tricotomia usual é, pois, no fundo, uma dicotomia, é dizer a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*.” KELSEN, Hans, *Teoria Del derecho e Del Estado*, trad. Espanhola, p. 268.

O prevalecer destas idéias explica, em todo caso, por que contendas e conflitos só vão encontrar solução “legítima” nas vias do direito. Apesar de temática controvertida, alguns tópicos do estudo da *jurisdição* parecem encontrar consenso na doutrina mais acatada, como seu *escopo de pacificação do meio social* ou sua condição de *atividade estatal de natureza substitutiva* da vontade das partes, compondo o conflito pela autoridade da própria decisão.

2.2. Conceito de Jurisdição

Para Giuseppe Chiovenda¹⁰ a jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, no afirmar a existência da vontade da lei, torná-la, praticamente, efetiva. Rogério Lauria Tucci¹¹ anota que a jurisdição é a função estatal inerente ao poder-dever de realização da justiça, mediante atividade substitutiva de agentes do poder judiciário – juízes e tribunais – concretizada na aplicação do direito objetivo a uma relação jurídica, com a respectiva declaração, e o conseqüente reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito subjetivo material de um dos titulares das situações (ativa e passiva) que a compõem.

¹⁰ CHIOVENDA, G.. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1943, v.2, p. 11.

¹¹ TUCCI, R. L.. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

A jurisdição é uma função específica do Poder Judiciário e encara-se, em potência, como poder-dever de fazer justiça estatal, e em ato, como a atividade mesma de a exercerem seus agentes, que são os juízes e os tribunais.¹²

Por estas lições já colhemos múltiplos aspectos: trata-se de uma *função* e de uma *atividade* do Estado, de um *poder* e também de um *dever* para com o indivíduo¹³. O traço peculiar da jurisdição parece ser mesmo seu escopo de pacificação social, de concretização da Justiça, escopo este que se confunde com a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. Como expressão de uma das funções do Estado, a jurisdição é também uma manifestação do poder deste Estado¹⁴, caracterizando-se pela *imperatividade* e pela imposição das decisões emanadas dos órgãos dela dotados.

Há quem enxergue a jurisdição por outro prisma. Michel Foucault¹⁵ a conceitua como o poder que se concretiza por meio das chamadas práticas judiciárias, a maneira pela qual, entre os homens, se apura os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a forma como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam supostamente cometido, a via pela qual se impõe a determinados

¹² MENDES DE ALMEIDA, J. C.. *Processo Penal, ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975, p. 7.

¹³ “Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos interindividuais (...). E como atividade, ela é o complexo de atos do juiz no processo (...)”. ARAUJO CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 24^a. ed., 2007, p. 147.

¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. 4^a. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 16.

¹⁵ FOUCAULT, M.I. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. J. W. Prado Jr. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 11.

indivíduos reparação de algumas de suas ações e punição de outras. Esta visão empírica, a partir de como a jurisdição se exprime e concretiza, não pode ser relegada a um segundo plano. Integra, juntamente com as lições anteriores, um panorama amplo do fenômeno jurisdicional.

2.3. Espécies de jurisdição

A jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, supostamente não comporta subdivisões. Aliás, é por isto mesmo que fala a doutrina em *unidade* da jurisdição, pois admitir mais de uma jurisdição dentro de um Estado quereria significar a existência de múltiplas soberanias dentro de um mesmo Estado. Entretanto, cabe aqui a verificação de que o próprio conceito de soberania estatal está se transformando no Estado moderno, em face da prevalência da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Quando, v.g., a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu art. 5º. § 4º, “***que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão***”, implicitamente está admitindo a existência de uma jurisdição internacional, em detrimento de um aspecto da sua soberania.

Nem se argumente que o poder constituinte derivado não poderia fazer tal concessão, pois o art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, manifestação do poder constituinte

originário, já determinava que o Brasil deveria postular a formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. Não reconhecemos, portanto, nenhuma dificuldade em afastar um dos atributos clássicos da jurisdição, qual seja, a *unidade*. Isto se dá porque a ciência não pode ignorar a existência de uma jurisdição internacional e outra nacional.

Múltiplas as classificações da jurisdição. Optamos pela seguinte: quanto ao *objeto*, *distingue-se em jurisdição penal e civil*; quanto ao *órgão judiciário*, *em especial e comum*; pelo *posicionamento hierárquico do órgão judiciário*, *em superior e inferior*; e pelo critério de julgamento, *entre justiça de direito e justiça de equidade*.¹⁶

A distinção entre jurisdição civil e penal não se justificava nos primórdios, vez que o conceito de ilícito ainda não havia evoluído o suficiente para distinguir aquilo que só afeta o ex-adverso, daquilo que mais violentamente tocava o interesse do meio social. Só com o construído do *ilícito penal* foi possível uma distinção tal. A segunda distinção, jurisdição comum e especial veio para atender a sofisticação da própria sociedade, que impôs a especialização de determinados juízes, como decorrência lógica da racionalidade do sistema. O problema da “especialidade” nos acompanhará durante toda a investigação, porque esta mesma especialização da jurisdição pode ou não ser acompanhada de igual carga de parcialidade.

¹⁶ ARAUJO CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 24^a. ed., 2007, p. 158.

A especialidade da Justiça do Trabalho, por exemplo, muita vez redundou em críticas quanto a uma suposta proteção excessiva ao trabalhador. Também o Tribunal do Júri carrega a pecha, muita vez injusta, de ser tolerante com determinadas condutas.

A dicotomia “jurisdição superior” e “jurisdição inferior” também nos preocupou. Seria o Júri um órgão de “*jurisdição inferior*” em face dos Tribunais, ou mais propriamente, um órgão especial, com fundamento político constitucional diverso?

A questão da organização hierárquica dos órgãos jurisdicionais, escalonados que são em instâncias, tradicionalmente se identifica com o problema da insatisfação inerente ao ser humano com uma decisão desfavorável, e o princípio do “*duplo grau de jurisdição*”.

Este princípio, conquanto não esteja formalmente previsto na Constituição, deflui do próprio sistema e da previsão de recursos no âmbito constitucional, bem como expressamente, pelo Pacto de São José da Costa Rica, direito interno no Brasil por força do decreto 678/92.

A questão referente à localização topográfica do Tribunal do Júri é pertinente à nossa temática eis que se sustenta quanto ao chamado “foro por prerrogativa de função” uma posição de jurisdição “superior” dentro da organização do Poder Judiciário, em detrimento da 1^a. Instância, ou até, como advoga a posição dominante na jurisprudência, do Tribunal do Júri.

Por último, a distinção entre *jurisdição de direito* e *jurisdição de equidade* normalmente é suscitada para contrapor os julgamentos feitos nos estritos termos da lei daqueles que são feitos com base na “*equidade*”, isto é, sem as limitações impostas pela precisa regulamentação abstrata da lei. No processo penal, a equidade muitas vezes se manifesta dado que ao juiz se impõe a individualização judiciária da pena, com base em elementos normativos, como “conduta social” ou “personalidade do agente”.

A equidade é um elemento do ofício jurisdicional, mas muito antes o juiz está jungido à estrita legalidade, por força do mandamento constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O juízo por equidade é mais ostensivo no âmbito do Tribunal do Júri, dado que os jurados são instados a julgar segundo “*a sua consciência e os ditames da Justiça*”, não estando principalmente adstritos nem à prova do processo, nem aos ditames legais, conquanto o réu possa ser submetido a um novo julgamento se a decisão se distanciar manifestamente da prova dos autos.

Uma decisão pode parecer coerente à prova do processo e aos mandamentos legais, mas “*injusta*” ao jurado que então poderá decidir por “*equidade*”, isto é, orientado por sua consciência e pelo sentimento de Justiça.

2.4. Jurisdição e Competência

Para José Frederico Marques¹⁷ a variedade de causas e a multiplicidade de juízes impõem distribuir a jurisdição e geram a competência. Se o Poder Judiciário é o Poder de julgar instituído e a jurisdição é o Poder de julgar constituído, **a competência é o Poder de Julgar organizado constitucional e legalmente**. Bem por isto, ficou assente em doutrina que a competência é a medida e o limite da jurisdição de cada juiz. Lamentavelmente, as duas expressões são ainda utilizadas de forma equívoca pela legislação, muita vez referindo “conflito de jurisdição” - que até é possível em tese, se formos pensar na hipótese de simultaneidade da jurisdição nacional e internacional – quando na verdade se trataria mais tecnicamente de “conflito de competência” entre órgãos jurisdicionais.

Franco Cordero¹⁸ opõe-se a esta forma de enxergar a competência. Esta não seria a medida da jurisdição atribuída ao órgão. Se o fosse, as decisões emitidas por órgão incompetente seriam “*inutiliter datae*”, ou seja, inexistentes; ao passo que não impugnadas, na verdade, tornam-se irrevogáveis, constituindo coisa julgada. Desta forma, juiz em tese incompetente pode exercer jurisdição. Avançando, não é sem surpresa que reconhecemos a verdade da premissa de que a jurisdição pode transcender os limites estritos da competência.

¹⁷ MARQUES, J. F., *O júri e a sua nova regulamentação legal*, São Paulo: Saraiva, 1948, p. 64

¹⁸ CORDERO, F., *Procedura penale*. 3ª ed. Roma: Giuffrè, 1995, p. 133.

2.5. Critérios para fixação da competência

Quanto aos critérios para o arbitramento da competência, amplamente reproduzida em território pátrio a posição Giuseppe Chiovenda¹⁹. Esses critérios se traduzem em objetivo, territorial e funcional.

Jorge de Figueiredo Dias²⁰, para esclarecer o conteúdo desses critérios e auxiliar na fixação da competência penal estabeleceu três perguntas cujas respostas permitem determinar, perante um caso concreto, qual o juiz competente para processá-lo e julgá-lo:

- a) Nos termos da legislação vigente, qual o juiz ou tribunal que segundo sua espécie deve processar e julgar um caso penal de certa natureza? A resposta desta questão determina a competência material;
- b) Qual o juiz ou tribunal, dentre os materialmente competentes, que de acordo com sua localização no território deve processar e julgar certo a caso penal? A resposta desta questão estabelece a competência territorial;

¹⁹ “Extrai-se o critério objetivo ou do valor da causa (competência por valor) ou da natureza da causa (competência por matéria). (...) O critério territorial relaciona-se com a circunscrição territorial designada à atividade de cada órgão jurisdicional. (...) O critério funcional extraí-se da natureza e das exigências especiais das funções que se chama o magistrado a exercer num processo” (CHIOVENDA, G.. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo; Saraiva, 1965, vols. II, p. 154-155).

²⁰ DIAS, J. F.. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 330-331.

c) Qual o tribunal que deve atuar em certa fase do procedimento ou praticar certos atos singulares? A resposta a esta indagação fornece a competência funcional.

Cada nação tem sua forma de organizar o exercício da jurisdição. Na Espanha estabeleceu-se que a competência material é definida pela índole do crime (critério qualitativo) ou pela sua gravidade (critério quantitativo); pela competência territorial, fixada de regra conforme o lugar de consumação do delito, e subsidiariamente segundo o lugar em que são descobertas as provas materiais do delito; pelo lugar em que foi preso o suposto culpado; pelo lugar de residência do suposto culpado ou em qualquer onde houver sido cometido o delito, e pela competência funcional, definida de acordo com a função exercida pelo órgão jurisdicional²¹

Na Alemanha²², a competência material se define levando em conta o tipo de delito ou a sua gravidade; a competência territorial pode ser ordinária geral, que se define de regra pelo lugar de cometimento do delito, e subsidiariamente pelo domicílio ou residência habitual do acusado, pelo lugar da prisão do acusado ou pela prevenção; ordinária especial, fixada nos casos de

²¹ VILAR, S.. *Derecho Jurisdiccional; proceso penal*. 10 ed. Valencia: Tirant lo blanch, v. III, 2000, p. 43 e segts.

²² ROXIN, C.. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 28 e segts.

delito contra a segurança do Estado e crimes de imprensa; extraordinária por conexão, relativa aos casos conexos, e extraordinária de encargo superior, referente aos casos em que houver impedimento do Tribunal competente por motivos fáticos, jurídicos ou por perigo da segurança pública; por fim, a competência funcional, que é tratada dentro da competência material.

No Brasil, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, a competência tem como parâmetros o bem jurídico ofendido, a particular situação do sujeito ativo e a gravidade do delito. Há “competência política”, atribuída aos órgãos legislativos para julgar crimes de responsabilidade praticados por certas autoridades (leva-se em consideração a particular situação do sujeito ativo e a natureza da infração); competência originária ou prerrogativa de função, atribuída aos tribunais para julgar delitos cometidos por pessoas que exercem uma relevante função pública (leva em consideração a particular situação do sujeito ativo); competência material em sentido lato, atribuída a todos os órgãos das justiças militares, eleitoral, e comum (leva em consideração o bem jurídico ofendido), e por fim, competência material em sentido estrito, atribuída a certos órgãos da justiça comum em razão das peculiaridades de alguns crimes, tal como o Tribunal do Júri, quanto aos crimes dolosos contra a vida e a designação dos Juizados Especiais Criminais para julgar as infrações de menor potencial ofensivo.

2.6. Princípios e características da Jurisdição

Como a palavra “princípio” tem acepções variadas²³ cumpre primeiro fazermos um recorte para dizer que designamos por princípios da jurisdição as *idéias fundamentais* que a norteiam. Estes princípios balizam o próprio fenômeno jurisdicional.

Distinguimos então, com princípios fundamentais da jurisdição:

a) **inércia** da jurisdição: (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*), através do qual se estabelece ao juiz não caber proceder de ofício, pressuposto da sua condição de imparcial.²⁴ É de se reconhecer que tal inércia encontra-se mitigada, vez que ao juiz se faculta atuar de ofício, decretando prisão, determinando produção de prova oral ou diligência imprescindível. No

²³ A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Um sentido é o ordinário, a acepção de começo, de início. Já a expressão “princípios fundamentais” prevista no Título I da Constituição não tem lá esta acepção, mas sim quer significar “mandamento nuclear de um sistema”. (SILVA, J. A.. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 12^a ed., São Paulo, 1996, p. 93.). Coisa diversa seriam os princípios constitucionais. Para Paulo Bonavides os “princípios constitucionais” fazem congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de Norma das normas, de Fonte das fontes. Trata-se da viga mestra do sistema, esteio da legitimidade constitucional. (BONAVIDES, P.. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 290). Em outra acepção da palavra “princípios”, segundo ALEXY, “*los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por ele hecho de que se pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ambito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.*” (ALEXY R.. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vaidés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86).

²⁴ ALEXIS DE TOCQUEVILLE observa que é característica do poder judiciário só agir quando chamado, ou, conforme a expressão legal, quando provocado. Por sua natureza, o Poder Judiciário não tem ação; é preciso pô-lo em movimento para que ele se mexa. (TOCQUEVILLE. A.. *A Democracia na América, Livro I, Leis e Costumes*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 111.)

Brasil, não há mais possibilidade de início de ação penal por iniciativa do juiz, tal como previa o não recepcionado art. 531 do Código de Processo Penal, mas é o juiz quem determina a expedição de guia de recolhimento, dando início ao processo da execução penal.

b) **Inafastabilidade** da jurisdição: pela qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder do Judiciário, lesão ou ameaça a direito - corolário do acesso à justiça, previsto no art. 5º. XXXV da Constituição brasileira de 1988 e complementado como garantia constitucional pelo art. 5º. LXXIV da CRFB/88 – “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”. O outro aspecto deste princípio é que o magistrado, regularmente suscitado no processo, deve entregar a jurisdição, não se escusando de fazê-lo pela complexidade da causa, ou mesmo pela lacuna da lei ou do direito (enunciado também como princípio da *indeclinabilidade* da jurisdição).

O princípio da **inafastabilidade** da jurisdição é contemplado em diversos tratados internacionais de direitos humanos, entre os quais destacam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10.12.1948, que dispõe no seu art. X: “*toda a pessoa tem o direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um Tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida*”; o Pacto

Internacional de direitos civis e políticos, de 16.12.1966, que em seu art. 14, 1 estabelece: *“Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”*; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, de 22.11.1969:

“Toda a pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um Juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para determinação de seus direitos e obrigações (...)”.

c) Investidura – a jurisdição só pode ser exercida por aquele que for investido na condição de juiz, ou de jurado, no âmbito do tribunal do Júri.

d) Indelegabilidade – a função jurisdicional cometida ao juiz não pode ser delegada a terceira pessoa. Mesmo a outro juiz não é isto possível, porque só ao juiz previamente determinado pela Constituição e pela Lei cabe exercer os atos jurisdicionais dentro dos processos incluídos na sua jurisdição. Entretanto, a garantia do juiz natural, prevista nos incisos LIII e XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, é plenamente atendida quando os Tribunais delegam o interrogatório dos réus e outros atos da instrução processual a juízes

de primeira instância, escolhidos mediante sorteio²⁵. Há também possibilidade de que conciliadores tentem efetivar a composição civil dos danos, no âmbito da Lei 9099/95, *ad referendum* de ulterior sentença homologatória por parte do Juiz, sentença esta que redundará em renúncia ao direito de queixa ou representação. Como este entabular de composição não encerra atividade jurisdicional típica e está previsto em lei, não se enxerga relativização do princípio da indelegabilidade.

e) **Inevitabilidade** – as partes no processo não podem, segundo a sua conveniência, escolher um juiz específico, ou mesmo afastar a sua jurisdição, ainda que por consenso. O princípio da inevitabilidade da jurisdição encontra as suas mitigações no estado democrático de direito. A eleição pelas partes de um juízo arbitral, tangenciando a jurisdição dada pelo Estado é um exemplo clássico de como se pode evitar que determinada pendência chegue ao Poder Judiciário. É bem de ver, entretanto, que se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, também estas decisões arbitrais estão, em tese, sujeitas a controle jurisdicional, ao menos formal.

²⁵ STF – Pleno AP-QO 470 / MG.

2.7. Garantia do Juiz Natural

A idéia de “Juiz Natural” transcende a condição de um mero princípio da jurisdição. Consoante Marco Antônio Marques da Silva²⁶ a garantia do juiz natural se insere no princípio do Estado de Direito e se apresenta como uma imposição do *due process of law*. Expressa a preocupação do Estado em não permitir que ninguém seja processado e julgado senão por juízes integrantes do Poder Judiciário e que sejam investidos de atribuições jurisdicionais de acordo com os preceitos da Lei Maior.

A garantia de juiz previamente estabelecido, independente e imparcial certamente não compõe com juízes *ad hoc*, ou mesmo *post factum*. Esta garantia, no âmbito criminal, encerra, portanto, um duplice aspecto: ao imputado confere a segurança da inadmissibilidade do processamento da causa e julgamento por juiz ou tribunal distinto daquele tido como competente à época da infração penal; e à jurisdição penal, a segurança de que os regramentos da unidade e do monopólio da administração da justiça, a independência de seus agentes, nada disto será ameaçado pela constituição de tribunais ou órgãos excepcionais e submissos a outro Poder do Estado.²⁷ Assim conforme art. 5º, LIII da Constituição Federal, “***ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente***”, garantia que, de tão preciosa para o

²⁶ MARQUES DA SILVA, M. A.. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo, Ed.Saraiva, 1993, p. 39.

²⁷ TUCCI, R. L.. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208.

sistema, vem reafirmada no inc. XXXVII do mesmo art. 5º, isto é, “**não haverá juízo ou tribunal de exceção**”. Refletem, até pela sua topografia, dentre os direitos e garantias individuais, **garantia fundamental do cidadão**²⁸.

Só é Juiz competente, diante do quadro constitucional de 1988, o Juiz Natural ou Juiz Legal, de modo a poder se dizer ser dele a competência exclusiva para os feitos aos quais é abstratamente vinculado por normas genéricas de distribuição de competência, assim como excluir todos os demais, evitando-se, deste modo, manipulações indesejáveis, com vilipêndio da garantia do juiz natural.

Luigi Ferrajoli²⁹ observa que a elaboração das garantias, dos mecanismos institucionais voltados a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade, na tutela ou na satisfação dos direitos, é a tarefa mais importante e difícil, quer de uma teoria, como de uma política garantista do direito. O garantismo designa um modelo normativo de direito, de estrita legalidade, próprio do estado de Direito, que se caracteriza como sistema de poder mínimo, do ponto de vista epistemológico, como técnica de tutela apta a minimizar a violência e a maximizar as liberdades, do ponto de vista político e como um sistema de vínculos impostos o poder de punir do Estado, para Garantia dos Direitos dos Cidadãos, no Plano Jurídico.

²⁸ COUTINHO, J. N. M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p. 201

²⁹ FERRAJOLI, L.. *Diritto e Ragione*. Bari: Laterza, 2000. p. 891

2.7.1. Conteúdo da Garantia do Juiz Natural

Segundo Jorge de Figueiredo Dias³⁰ o Princípio do Juiz Natural, ou Legal, é o Direito Fundamental dos Cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior e não “*ad hoc*” ou tido como competente. Ressalta seu tríplice aspecto:

- a) põe em evidência, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência.

- b) explicita um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de **irretroatividade**; a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o fato criminosos que será objeto do processo.

- c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de **competência**, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente. Daqui a proibição de jurisdições de exceção, i. e, jurisdições ***ad hoc*** criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos, com quebra das regras gerais de competência; Mas consigna expressamente que isto “***não***

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, J., *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, 1º v., p. 322-323.

obstará à válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como a sua suspensão discricionária por qualquer autoridade.”

2.7.2. Evolução Histórica do Princípio do Juiz Natural

O evento histórico mais importante para a consagração do juiz natural ou legal como garantia, pela sua precedência histórica de mais de quinhentos à revolução francesa, foi a Magna Carta, de 1215. Lá já se delineava o direito de ser julgado pelos pares, consoante normas pré-estabelecidas. Todavia, para alguns doutrinadores os textos mais antigos a preverem a idéia daquilo que, mais tarde, passou a ser chamado de Princípio do Juiz Natural foram os Decretos da Coroa de Leão, outorgados em 1188, por Afonso IX de Leon y Galicia³¹.

Muitos séculos depois o *Bill of Rights*, de 1688, dispôs em seu art. 3º: *“A comissão que institui a ex-corte dos comissários e cortes da mesma natureza, é ilegal e nociva”*, condenando a possibilidade de se criar tribunal *post factum*. A França, recém saída da Revolução, logo em 1790 incluiria, de forma inequívoca, na lei da nova organização judiciária, o direito fundamental do

³¹ GILISSEN, J.. *Introdução Histórica ao Direito*. Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 265.

cidadão a ser julgado por juízes que oferecessem as mais sólidas garantias. Sendo o texto: “*A ordem constitucional das jurisdições não poderá ser subvertida nem os imputados poderão ser subtraídos aos seus juizes naturais*”.

Ada Pelegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho³² sustentam que o Princípio do Juiz Natural, historicamente, desenvolveu-se no ordenamento anglo-saxão e se desdobrou, posteriormente, nos constitucionalismos norte-americano e francês, derivando da “*Petition of Rights*”, de 1627, e do “*Bill of Rights*”, de 1688.

Valdir Sznick³³, que protagonizou amplo estudo sobre a evolução do princípio anota que “*essa expressão entrou na Constituição de 1791, capítulo V, título III, art. 3º. Na Constituição de 1814 (art. 62), nas Constituições francesas de 1830 (arts. 53 e 54) e Constituição de 1848 (art. 4º). Passou para o Código Francês, no art. 127, do “Código Penal” de 1830: “Ninguém será subtraído do seu juiz natural”. Na Itália, apareceu na constituição bolonhesa, de 1796 e na Constituição de Nápoles, de 1799 com a expressão “giudice naturale”. Permanece na Constituição do Reino de Nápoles, de 1815 (art. 163), na Constituição do Reino das Duas Sicílias, de 1820 (art. 231), no Statuto do*

³² “O juiz natural, como expressão da proibição de juízes extraordinários, deriva da “*Petition of Rights*”, de 1627, e do “*Bill of Rights*”, de 1688. Mas já na Carta havia uma preocupação subjacente, consistente em ligar a celebração do processo ao “*locus commissi delicti*”; e o constitucionalismo norte-americano vai buscar na Carta Magna o Princípio do Juiz Natural, interpretando-o como obrigatoriedade pelos homens da vizinhança (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, e Constituições da *Pennsylvania, Maryland, Massachusetts e Novo Hampshire*, de 1776, 1780 e 1784)”. (GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M.. *As nulidades no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42).

³³ SZNICK, V.. *Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1994. p.155-156.

Reino da Sardenha, de 1848 (art. 71). Na Constituição da República Cispadana (art. 224); na Constituição Cisalpina (23/4) e na Constituição Romana (art. 204).”

José Frederico Marques³⁴ consigna ter sido a Constituição francesa de 1814 a primeira a prever expressamente a expressão juiz natural: *Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels*. A Constituição francesa de 1830 era bastante contundente quanto ao princípio, art. 54: “*Não poderão, por conseqüência, ser criadas comissões e tribunais extraordinários sob qualquer desculpa e sob qualquer denominação que se imagine*”. Mas também é fato, que antes mesmo da constitucionalização do princípio na França a **VI Emenda, de 1791, à Constituição Americana proclamava**: “*Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a julgamento pronto e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito previamente determinado por lei.*”.

Logo, ao menos para o direito norte-americano, parece consistente cientificamente relacionar o direito a um júri imparcial à própria consagração do princípio do juiz natural.

Marco Antônio Marques da Silva³⁵ anota que a denominação “*princípio do juiz natural*” está presente nas Constituições francesa de 1814, holandesa de 1830 e italiana de 1967. Nos direitos alemão, espanhol e brasileiro é também

³⁴ MARQUES, J. F.. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 187.

³⁵ MARQUES DA SILVA, M. A.. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo, Ed.Saraiva, 1993, p. 40.

chamado de princípio do juiz legal ou operante. Adelino Marcon³⁶ demonstra a consolidação do princípio do Juiz natural pelo mundo, mesmo em países de notório viés autoritário. Pela diversidade dos países elencados, esta lista aproxima o “*princípio do juiz natural*” ao próprio sentimento de Justiça da maior parte dos povos de civilização ocidental, mas também a outras culturas, como o Japão e a Turquia.

O rol, que não é exaustivo, interessou-nos transcrever, com alguns apontamentos, pois esperamos ilustrar como está disseminada a garantia do juiz natural, nos diferentes países da Europa e também em outras culturas sem maiores semelhanças:

Alemanha, art. 101.1 e 2, da Constituição de 23.05.1949;

Argentina, art. 18, da Carta de 27.04.1956;

Áustria, art. 1º, da Lei de 27.10.1862;

Bélgica, arts. 8º e 94, da Constituição de 1831;

Bulgária, art. 126, da Constituição de 18.05.1971;

Chipre, art. 30.1, da Constituição de 06.04.1960;

Cuba, no art. 58.1, da Constituição de 24.02.1976;

Dinamarca, art. 61, da Carta de 05.06.1953, que modificou a originária Constituição de 05.06.1849.

³⁶ MARCON, A.. *O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal*. Juruá Editora, 2004, Curitiba.

Espanha, nas Constituições de 1876 (art. 16), 1931 (art. 28) e 1978 (art. 24.2)

Estados Unidos da América, 6ª Emenda da Carta de 17.05.1787;

Emenda 6a. *Em todas as causas criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial do estado e distrito onde tiver sido cometido o crime e o distrito será o já reconhecido por lei.*

Finlândia, art. 13, da Constituição de 17.07.1919 ;

Grécia, art. 8º, da Carta de 09.06.1975;

Holanda, art. 170, da Constituição de 30.11.1887 e Lei de Revisão Constitucional de 11.11.1927 ;

Hungria, art. 45, da Constituição da Hungria, de 1949;

Irlanda, arts. 34.1 e 38.3 -1º, da Carta de 01.07.1937;

Itália, arts. 25, caput, e 102, da Constituição; **Art. 25.** *Ninguém pode ser subtraído do juiz natural preconstituído pela lei.* **Art. 102.** *A função jurisdicional é exercida por magistrados ordinários, nomeados e regidos pelas normas de organização judiciária. Não poderão ser nomeados juízes extraordinários ou juízes especiais. Apenas poderão ser criadas, antes dos órgãos judiciais ordinários, seções especializadas para determinadas matérias, nas quais possam colaborar cidadãos idôneos alheios à Magistratura.*

Iugoslávia, art. 217, da Carta de 21.02.1974;

Japão, no art. 76, da Constituição de 03.11.1946;

Luxemburgo, arts. 13 e 86, da Constituição de 17.10.1868;

Malta, no art. 40.1, da Carta de 1974;

México, arts. 13 e 14, da Carta de 05.02.1917;

Noruega, art. 96, da Constituição de 17.05.1814;

Suécia, art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição de 28.02.1974;

Suíça, arts. 58.1 e 58.2, da Constituição de 29.05.1874, revisada e modificada até 1949.

Turquia, art. 32, da Constituição de 09.07.1961, revisada em 1971.

Portugal, que não está listado no rol originário de Adelino Marcon, também tem dispositivo similar já no **art. 145, § 10**, da Carta Portuguesa de 1826, que assim expressava: “*ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita*”. E o **§11**, do mesmo artigo, ordena o seguinte: “*Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos*”. Posteriormente, o art. 8º, da Constituição Portuguesa de 1838 estabeleceu que: “*Ninguém será julgado senão pela autoridade competente, nem punido senão por lei anterior*”. E a Carta de 1911, em seu art. 3º, n. 21: “*Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita*”. Foi previsto também no art. 32.7, da Carta de 02 de abril de 1976.

Muitas legislações contemplam a possibilidade de criação de Tribunais Especiais ou Extraordinários, o que não configura necessariamente permissividade a tribunais de exceção ou violação ao princípio do juiz natural, desde que não importem o estabelecimento de Tribunal *post factum*, ou designação casuística de juiz especialmente para determinada causa ou causas.

Bem de ver que em alguns países a garantia não é expressa, é frágil, e controvertida a exegese do texto constitucional, tal como em Cuba ou na Hungria.

Em outros, como em Mônaco, a previsão quase não traduz garantia, como se observa da leitura da Constituição de 24.12.1962; **Art. 88.** “*O Poder de julgar compete ao Príncipe, o qual, pela presente Constituição, delegará seu pleno exercício aos Tribunais e aos juízes monocráticos. Os Tribunais ministrarão justiça em nome do Príncipe.*”

Interessante também que algumas legislações facultam mesmo no ambiente criminal ao acusado, que “*por sua vontade*”, abra mão do seu juiz natural, como é o caso da Constituição de Luxemburgo e Grécia.

2.8. Tribunais de Exceção

Pela vedação dos tribunais de exceção o que se pretende é impedir a criação de órgãos *ad hoc* ou mesmo a designação de juízes especiais. Encerrada a 2^a. Guerra Mundial, conquanto muitos ordenamentos desde o século XIX

previssem a garantia do juiz natural, controvérsia surgiu sobre a possibilidade de julgamento dos criminosos de guerra nazistas por tribunais *post factum*. Aquelas condutas foram então consideradas como verdadeiros crimes contra a humanidade e foi instituído, v.g, o Tribunal de Nuremberg, *post factum*, que se desincumbiu do julgamento, em ostensiva e admitida violação ao postulado do juiz natural.³⁷ Em uma justiça de vencedores sobre vencidos, muitos julgamentos foram levados a termo, mesmo com a pecha da parcialidade, redundando condenação.

Neste contexto, a garantia do juiz natural teve seu espectro de atuação reduzido, **cedendo passo para um suposto princípio maior, o princípio de “justiça”**. O precedente é evidentemente perigoso, pois projeta para o presente um juízo futuro, qual seja, o juízo de efetiva culpabilidade dos acusados, gerando insegurança em todo o sistema.

Houve outros tribunais internacionais instalados *post factum*, inclusive recentemente, tal como se deu na antiga Iugoslávia e em Ruanda, de forma que, mais de uma vez *a garantia do juiz natural* – previamente estabelecido por lei anterior, independente e imparcial – foi *relativizada no correr dos tempos*, em favor de princípios supostamente maiores, *verbi gratia* o direito à Justiça, o

³⁷ “Não se admite a criação de órgãos judiciais especiais para o julgamento de certas causas, como aconteceu com o Tribunal Militar Internacional, criado especificamente para um arremedo de julgamento na histórica cidade de Nuremberg, tendo, como réus, os chefes nazistas que os aliados conseguiram deter. Essa reunião, chamada de Tribunal, foi tão macabra, tão vergonhosa, tão ilegal e tão arbitrária, que certos setores da opinião pública inglesa e norte-americana disseram abertamente que o procedimento dos aliados não estava à altura das tradições democráticas e civilizadas do Ocidente”. (VARGAS, José Clito de. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1922, p. 224.)

afastamento da impunidade, ou lamentavelmente, o exercício da jurisdição como instrumento de vingança.³⁸

Significou, neste diapasão, uma verdadeira evolução³⁹ a criação de um Tribunal Penal Internacional, tal como viabilizou a aprovação do Estatuto de Roma. Tribunal este com jurisdição complementar a dos Estados subscritores, funcionando como guardião da dignidade do ser humano, agredida crimes graves lá previstos. Se o país subscritor com jurisdição em tese para julgar o crime mostrar-se moroso, desinteressado ou mesmo despreparado⁴⁰ para apurar e eventualmente punir, movimentava-se o Tribunal Penal Internacional, sem a mácula de tribunal de exceção, com perfeito respeito ao princípio do juiz natural.

É bem verdade que há disposição no Estatuto de Roma que tangencia a proibição *ne bis in idem*, pela qual ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato criminoso. Já tivemos a oportunidade de sustentar que estendemos relativizados os dogmas da coisa julgada *pro reo* e do *ne bis in idem*, nas

³⁸ “Não recusando a imperiosa necessidade de eficiente resposta às ações terroristas, é inaceitável a criação “*post factum*” de tribunais de exceção, com a organização e a competência estabelecidas por quem tem interesse em julgar os criminosos. É nesse ponto que reside a maior crítica ao famoso Tribunal de Nuremberg que julgou os nazistas pelos crimes contra a humanidade.” (BOSCHI, J. A. P. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - nº 58, Editora Revista dos Tribunais, janeiro-fevereiro de 2006 –. p. 255-257)

³⁹ SCARANCA FERNANDES, A.. *Processo Penal Constitucional*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 4.a ed. 2005, p. 30.

⁴⁰ Arts. 11 e 17 do Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional.

hipóteses previstas no Estatuto de Roma, sem que isto configure violação a direito subjetivo⁴¹.

3 - O TRIBUNAL DO JÚRI

3.1. Origem e Evolução Histórica

Toda vez que vai investigar a origem histórica do Tribunal do Júri o pesquisador se depara com referências díspares. O direito é uma ciência cultural, não sendo sempre possível fixar aprioristicamente as bitolas mínimas de semelhança para afirmar que algum instituto “*tem origem*” em outro, dada a maior ou menor semelhança. Nos processos causais muitos são os influxos, cumprindo avultar os decisivos. Na investigação do Tribunal do Júri, tentaremos assim proceder.

Na reconstrução histórica da origem e evolução do Tribunal do Júri, parecem mais adequadas expressões como “*baseou-se*” ou “*recebeu influência*”, do que a definitiva “*tem origem*”. Alguns escritores, encontrando maior semelhança em institutos dos tribunais da Antiguidade, afirmam que o Júri lá se originou, enquanto outros, reconhecendo as diretrizes fundamentais como similares, apontam este ou aquele tribunal como “origem histórica”.

⁴¹ SOUZA DIAS, J. P. S. *A Jurisdição do Tribunal Penal Internacional. In: Direito Humanos: fundamento proteção e Implantação; coord. PIOVESAN, F.C.*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 271.

O Tribunal do Júri, como instituição essencialmente democrática, órgão incumbido do exercício da jurisdição sob as hipóteses constitucionais previstas, é um produto cultural da sedimentação de diversos influxos históricos da humanidade, às vezes até paralelos no curso dos tempos, mas cuja “pedra *de toque*” é, sem dúvida, o julgamento do indivíduo não por alguém encarregado profissionalmente pelo estado de distribuir a jurisdição, mas pelo seu par, por outro cidadão.

Sinaliza Paulo Rangel⁴² não se poder confundir a origem do Tribunal do Júri com o surgimento de Tribunais Populares. Entretanto, parte da doutrina nacional relacionou, quanto à origem do Júri, os precedentes de Tribunal Popular da Antiguidade inclusive. Apesar disto pensa-se adequado, na esteira do que pensa Edmund Hendler⁴³, considerar os Tribunais Populares como gênero, do qual o Tribunal do Júri encerra apenas uma espécie.

⁴² RANGEL, P.. *Tribunal do Júri: Visão Lingüística, Histórica, Social e Dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42.

⁴³“*El tema de la participación de ciudadanos legos en el proceso de enjuiciamiento criminal puede ser visto desde la perspectiva de un fenómeno sociológico y cultural. Bajo ese enfoque está claro que el juicio por jurados es una especie perteneciente a un género mucho más amplio*”.
(HENDLER, E. S. *El juicio por jurados. Significados Genealogias, incógnitas*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 3.)

Arthur Pinto da Rocha⁴⁴ sinaliza a origem imemorial do Júri na legislação hebraica – em refutação à chamada “corrente helenística”, que reconhecia a origem do Júri na Grécia antiga – citando, para ilustrar tal afirmação, os Livros do Êxodo, do Levítico, dos Números e do Deuteronômio. Todos estes livros do Antigo Testamento fazem menção a tribunais com participação popular, como o Tribunal Ordinário, o Conselho de Anciãos e o Grande Conselho. Outros autores, como Ricardo Vital Almeida⁴⁵, retroagem ao mundo greco-ateniense, no qual reconhecem as premissas empíricas e axiológicas do júri, pois as partes anunciavam e debatiam a causa, submetidas a juízes de fato sem investidura estatal específica. Reconhece-se ainda no “*Aerópago*” e na “*Heliéia*” o berço dos primeiros tempos do Júri, com semelhanças efetivas.

Segundo Guilherme de Souza Nucci⁴⁶ as primeiras notícias do Júri podem estar na Palestina da Antiguidade, no vetusto “Tribunal dos vinte e três”,

⁴⁴ “É muito além do Capitólio e do Parthenon e não nos Heliastas e Dikartas gregos como pretende a corrente helenista que nós procuraremos a origem da instituição. As leis de Moisés, ainda que subordinando o magistrado ao sacerdote, foram na antiguidade, as primeiras que interessaram os cidadãos nos julgamentos dos tribunais. Muito antes, portanto, de, na Grécia antiga, ser chamado o povo para decidir todas as grandes questões judiciárias, em plena praça pública, no exercício da justiça atheniense, antes da constituição desse tribunal, que era composto de cidadãos escolhidos entre os que todos os annos a sorte designava para julgarem collectivamente ou divididos em secções, muito antes da existência desses juizes populares, aos quaes, como requisitos eram apenas exigidas a idade de trinta annos, reputação ilibada e quitação plena do thesouro público; muito antes do aparecimento desse tribunal de pares, já o Deuteronômio, o Êxodo, o Levitico e os Números, na formosa e simplice linguagem do direito mosaico, nos fallam do Tribunal Ordinário, do Conselho dos Anciãos e do Grande Conselho. Na velha legislação mosaica encontramos nós o fundamento e a origem da instituição do jury.” (PINTO DA ROCHA, A.. *Primeiro Jury Antigo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904, pp. 565 e segs.) No mesmo sentido, do mesmo autor: (*O jury e sua evolução*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro e Murillo, 1919, p. 8-9.)

⁴⁵ ALMEIDA, R.V.. *O Júri no Brasil: Aspectos Constitucionais – Soberania e Democracia Social*. Leme: Edijur, 2005, p. 31-32.

⁴⁶ NUCCI, G. S.. *Júri: Princípios Constitucionais*. 1ª. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 31.

nas vilas onde a população ultrapassasse cento e vinte famílias. Aponta que o Júri integrava o sistema judicial grego, pois, em Atenas, século IV a.C., havia na organização judiciária quatro tribunais, um deles o Tribunal dos Heliastas, com estrutura semelhante à de um tribunal popular. A “*Heliéia*” era integrada por um número significativo de heliastas (201 a 2501), todos eles cidadãos *optimo jure*, que julgavam, após ouvir a defesa do réu, segundo sua íntima convicção⁶. Em Esparta havia os “*Éforos*”, que eram magistrados populares, com atribuições semelhantes aos do heliastas.

A mitologia grega é pródiga em julgamentos colegiados com participação popular. Numa destas passagens, *Poseidon*, tendo se apropriado de Atenas, é confrontado por *Palas Athena*, que tinha o mesmo desiderato. Dado o impasse, Zeus, ao invés de arbitrá-lo, opta por impor uma prova: quem desse o melhor presente à cidade seria o escolhido. O julgamento incumbia aos doze olímpicos (seis deuses e seis deusas), e os mortais podiam votar. Zeus optou por abster-se, prevalecendo o voto das seis deusas. Por seis votos a cinco *Palas Athena* saiu-se vencedora e junto com ela os votos dos moradores de Atenas. Como sanção, os deuses tomaram das mulheres o direito ao voto, na conhecida desigualdade da democracia ateniense.

Para Edmundo Oliveira⁴⁷, é grega a criação do “princípio da Justiça Popular”. Lênio Streck⁴⁸ não discrepa deste entendimento e afirma que foi o

⁴⁷ OLIVEIRA, E.. In *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 103.

Tribunal Popular da antiga Grécia que inspirou a fórmula inglesa do Tribunal do Júri.

Também a doutrina estrangeira reconhece a importância do mundo grego no fenómeno da participação popular na distribuição da justiça. Faustin Hélie⁴⁹ aponta o Tribunal dos Heliastas, da Grécia Clássica, como exemplo de participação popular no processo de julgamento. Cita também outros exemplos desta participação popular: os *judices jurati*, da República Romana, e os *boni homines*, do período merovíngio. Martin Shapiro⁵⁰ agrega ainda os tribunais da China Imperial, duzentos anos antes de Cristo.

Beatriz Sanjurjo Rebollo⁵¹ informa que os primeiros Tribunais Populares encontram-se em contextos sócio-políticos democráticos, sendo que a primeira concreção do exercício da justiça pelo povo se verifica em Atenas, na Heliéia. Aponta que há vozes, como a de Adolfo Builla, no sentido da origem Egípcia do jurado grego. No Egito antigo, em homenagem a Osíris, conheciam dos delitos trinta homens de bem – *optimi homines* – eleitos nas cidades. No princípio, julgavam só os vivos e, mais adiante, julgavam também os mortos.

⁴⁸ STRECK, L.L.. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4ª. Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 75.

⁴⁹ HELIE M. F.. *Traité de l'instruction criminelle*. Paris: Plon, 1867, título V, p. 84,

⁵⁰ SHAPIRO, M. *Courts: A comparative and Political analysis*. Chicago: Universidade de Chicago, 1981, p. 57.

⁵¹ REBOLLO, B. S.. *Los Jurados em USA y em España: Dos contenidos distintos de una misma expresión*. Madri: Dykinson, 2004, p. 32.

Pensando apenas no mote “*participação popular na justiça*”, o regresso pode se dar aos mais antigos grupamentos humanos, bem como às mais brutais formas de “justiçamento”. Edmund Hendler⁵², por exemplo, aponta o linchamento como forma de participação popular nos julgamentos.

A origem da palavra “linchamento” retroage a um personagem da revolução americana, o patriota Charles Lynch. Segundo Jaqueline Sinhoretto⁵³, o linchamento encerra a prática coletiva de execução sumária de pessoa considerada criminosa. Diz-se ainda que o linchamento, na doutrina internacional, mais se aproxima ao *vigilantism*, fenômeno principalmente americano de controle social ilegal do crime por grupo organizado de pessoas, do que à justiça popular, pois a “*justiça popular*” relaciona-se a uma idéia de “*justiça participativa*”, que se desenvolve nos marcos da legalidade. Apesar disto, numa classificação antiga, segundo Bancroft (1887), o *vigilantism* incorporava também “*tribunais populares, nos quais é tentada a administração ilegal da justiça pelo povo*”.

Neste diapasão, quanto ao linchamento – conquanto possa ser tratado como uma forma de “*justiça popular*”, dependendo da acepção que se quiser emprestar a esta expressão – parece grande concessão reconhecê-lo como uma

⁵² HENDLER, E. S.. *El juicio por jurados. Significados Genealogias, incógnitas*. Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 3.

⁵³ SINHORETTO, J.. *Os justiçadores e sua Justiça. Linchamentos, Costumes e Conflito*. São Paulo: IBCcrim, 2002, p.97-98.

forma pura de “*participación popular en el ejuiciamento de los casos criminales*”, tal como se pretende⁵⁴.

Do ponto de vista da origem próxima, buscando afinidades mais ostensivas, encontramos a obra de Rogério Lauria Tucci⁵⁵, aproximando o nosso júri à República Romana. Sustenta não bastar reconhecer o julgamento popular neste ou naquele momento histórico, ou mesmo um princípio de Justiça popular, para falarmos de origem histórica do júri moderno⁵⁶. É necessária certa estruturação e também a observância de regras previamente estabelecidas de procedimento, algo similares às atualmente praticadas. Exige-se, portanto, para além de o julgamento ser popular, algum rito procedimental que o aproxime ao que modernamente conhecemos como o Tribunal do Júri. E esta semelhança procedimental mínima é reconhecida na Roma Republicana.

De fato, as diretrizes básicas do Tribunal do Júri, tal como existe hoje no Brasil, encontram-se nas *questiones perpetuae*. Havia a chamada *Quaestio*, órgão colegiado constituído por cidadãos representantes dos *populus* romano (*judices jurati*), presidido pelo pretor e que tinha a constituição e as atribuições –

⁵⁴ HENDLER, E.S. *El juicio por jurados. Significados Genealogias, incógnitas*. Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 4.

⁵⁵ TUCCI, R. L. . *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p.17 e segs.

⁵⁶ “... o julgamento pelos pares não equivale de modo nenhum ao julgamento pelos jurados. O tribunal dos pares que caracterizou o *systema judiciário das sociedades feudaes*, não tem a mesma significação do Jury. Aquelle estabelece o julgamento por meio de categorias, pressupõe a desigualdade política como fundamento da organização social: este repelle a ideia de classe e funda-se na máxima igualdade política”. (PINTO DA ROCHA, *O jury e sua evolução*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro e Murillo, 1919, p. 55)

assim como os crimes determinantes de sua competência, e respectivas penas – definidas em leis, previa e regularmente editadas.

Luiz Cruz de Vasconcelos⁵⁷ aponta não ser dado a ninguém negar que nos antigos julgamentos procedidos por assembléias populares encontramos uma forma embrionária de júri, seja no Tribunal dos Heliastas, seja nos *dikastas* ou *iudices* romanos, ou ainda nos conselhos de anciãos da lei mosaica. Mas reconhece-se “maior afinidade com o júri” nas *questiones perpetuae da República Romana*.

Na divisão de funções, dentro do “júri romano”, colhendo-se de João Mendes Júnior⁵⁸, o pretor exercia um juízo prévio de admissibilidade da acusação, escolhia os jurados, formava o tribunal, presidia os debates, apurava os votos dos *judices jurati* e pronunciava o julgamento. Os *judices jurati* eram originalmente pinçados da ordem dos senadores. Depois também da ordem dos cavaleiros e da dos tribunos do tesouro. Deveriam ter aptidão legal e mais de trinta anos de idade. Com o advento da Lei Pompéia, exigiu-se para compor o corpo de jurados uma renda mínima. É substituída a seleção feita casuisticamente pelo pretor por uma lista geral, anual e pública. Os jurados eram escolhidos por sorteio e havia a possibilidade de recusa, inclusive imotivada.

⁵⁷ VASCONCELOS, L. C.. *A Supressão do Júri*. Ceará: Instituto do Ceará, 1955, p. 48.

⁵⁸ MENDES JÚNIOR, J.. *O Processo Criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1903, p. 18.e segs. No mesmo sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 31-32.

Aí se reconhecem muitos traços similares com o atual formato do Júri, pois há idêntica forma de recrutamento (notória idoneidade), mesma denominação dos componentes do órgão – jurados – formação do órgão julgador mediante sorteio, procedimento dividido em duas fases, seleção dos jurados por sorteio, com possibilidade de recusa, decisão tomada por maioria e soberania dos vereditos.⁵⁹

Vozes como as de Nádya Araújo e Ricardo Almeida⁶⁰ opõem, com acerto, estarem as *questiones perpetuae* mais díspares ideologicamente do júri moderno do que os tribunais atenienses. É que em Roma houve uma mera devolução de atribuições do Senado e dos comícios populares para a aristocracia (*os iudices jurati*, no princípio, saíam da ordem dos senadores), compondo uma justiça que, apesar de modificações posteriores, ***não teria perdido seu ranço antipopular, não se despiu de seu caráter antipovo***. Apesar de a forma ser muito parecida, na substância não havia verdadeiramente um “*juízo do indivíduo pelos seus pares*”.

Com o fim da República, o júri gradualmente perdeu expressão em Roma, só vindo a ter novo impulso na Inglaterra do século XI. Ricardo Vital

⁵⁹ Mauro Viveiros reconhece as seguintes semelhanças: a) idêntica forma de recrutamento; b) mesma denominação dos componentes do órgão julgante; c) formação do conselho mediante sorteio; d) possibilidade de recusa de jurados sorteados; e) juramento dos jurados; f) método de votação (sim ou não); g) decisão por maioria de votos; h) soberania dos vereditos; i) peculiaridades da atuação do Juiz presidente; h) indispensabilidade do acusado para realização do julgamento (consignando-se aqui que a obra antecede a nova reforma penal de 2008). (VIVEIROS, M.. *Tribunal do Júri na Ordem Constitucional Brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 11-12.)

⁶⁰ ARAÚJO, N. e ALMEIDA, R. V. *O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – Sua Evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual*. Revista Brasileira de Ciências criminais. São Paulo, RT, ano 4, número 15, julho/setembro de 1996, p. 200.

Almeida⁶¹ afirma que o modelo do júri, nos padrões de similitude atuais, deriva do embrião britânico do século XI. O conquistador normando Guilherme (1066), através do *presentment of Englishry*, buscando a proteção dos conquistadores em face de potenciais agressões dos nativos, editou uma norma pela qual, quando um corpo era encontrado e não se conhecia o matador, o rei cobraria uma elevada multa da comunidade do lugar, a menos que o júri local declarasse, sob juramento, que o morto era inglês e não normando. Formalmente, passou a ser denominado, *latu sensu*, *jury of presentment*, porque na sua dinâmica apresentava-se o suspeito ou acusado ao *sheriff*, que o apresentava ou não a julgamento por um grupo de populares, sob sua presidência.

Paulo Rangel⁶² registra, não obstante haja quem vislumbre o júri em momento anterior, inclusive na prática do inquérito carolíngio e no direito dos primeiros reis anglo-normandos, a verdade é que o júri aparece apenas com Henrique II, em 1166, na mesma época da *common law*. Surgiu com um conjunto de medidas destinadas a lutar contra o *sistema ordálio*, originário do direito germânico antigo, e que se fundava em lutas físicas entre os contendores, duelos e “*provas*”⁶³ aos quais o acusado deveria sobreviver incólume, sistema

⁶¹ ALMEIDA, R.V.. *O Júri no Brasil: Aspectos Constitucionais – Soberania e Democracia Social*. Leme: Edijur, 2005, p. 31.

⁶² RANGEL, P.. *Tribunal do Júri: Visão Lingüística, Histórica, Social e Dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 41-43.

⁶³ Havia a “prova de fogo” – andar com uma barra de ferro incandescente nas mãos – e a “prova de água” – v.g., submergir, por determinado tempo, o braço dentro de uma caldeira cheia de água fervente. No primeiro caso, enfiadas a feridas, se cicatrizassem, estava provada a inocência. No segundo, se o indivíduo agüentasse o suplício sem confessar a culpa, é porque de fato nada devia. SOUZA LIMA, C. A. *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004, pp.33-34. Rebollo, por sua vez, aponta a existência das

supersticioso, que operava forte na premissa de que os deuses jamais permitiriam o perecimento de um inocente. Doutrina estrangeira⁶⁴ também aponta o surgimento do júri como alternativa para superação do sistema ordálio.

O rei Henrique II instituiu o *Writ novel disseisin* (“novo esbulho possessório”) pelo qual encarregava o *sheriff* a reunir doze homens da vizinhança para dizer se o detentor de uma terra desapossou, efetivamente, o queixoso, eliminando um potencial duelo judiciário. Segundo Vicente Grecco Filho⁶⁵, ainda antes, com Henrique I, no dia da coroação, outorgou Carta, que prometeu cumprir, e se desenvolveu a instituição do júri, composto por pessoas do local, convocadas para apreciar a matéria de fato nos processos criminais, o que representava uma garantia de justiça.

O item 48 da Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, impunha ninguém poder ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo a lei do país. A idéia de ser julgado mediante juízo, realizado entre iguais, aparece, pela primeira vez, como garantia, no capítulo XXXIX da Carta Magna Inglesa.

seguintes provas “*las del duelo, las del fuego, las de hierro candente y las del sorteo.*”. REBOLLO, B. S.. *Los Jurados en USA y en España: Dos contenidos distintos de una misma expresión*. Madri: Dykinson, 2004, p. 34.

⁶⁴ “*Creyóse de buena fe o se afecto creer que si Dios no manifestaba la verdad de los hechos por medio del fuego, ni del agua, ni del combate, no podia menos de revelarla por medio de la conciencia, de la conciencia pública, de la conciencia de cierto número más o menos grande de personas dotadas de sentido común; que el instinto de muchos hombres reunidos, cuando no se haya oscurecido por ninguna pasión particular, no puede jamás engañarlos a todos juntos (...)*”. REBOLLO, B.S. *Los Jurados en USA y en España: Dos contenidos distintos de una misma expresión*. Madri: Dykinson, 2004, p 32.

⁶⁵ GRECCO FILHO, V.. *Tutela das Liberdades Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 30-31.

No mesmo ano de 1215, o IV Concílio de Latrão representou golpe mortal ao sistema ordálio, já em descrédito, pois prescreveu o afastamento dos religiosos daquele sistema. Com isto, surgiu espaço para o aprimoramento do júri, desde o formato inicial do *trial jury*, integrado por até 48 julgadores do povo.

Por quatro séculos, o júri se desenvolveu na Inglaterra até ganhar o mundo. O modelo de deliberação popular propagou-se com a sua adoção em diversos países da Europa. Neste contexto, Enrico Ferri reconheceu três modelos de júri – o júri romano, o júri medieval e o júri inglês. Esta lição, que foi reproduzida por José Frederico Marques⁶⁶ e por Guilherme de Souza Nucci⁶⁷, não contempla os modelos da Antiguidade, como o Tribunal dos Heliastas. O modelo de júri inglês foi o que inspirou os países ocidentais. Esta posição de Rui Barbosa é acatada com aplauso por José Frederico Marques.

3.1.2. O Júri Inglês e a sua Migração ao Continente

No direito inglês há o *grand jury* e o *petty jury*. O primeiro cuidava da imputação. Daí tratá-lo como “júri de acusação”. O segundo, ou “júri de julgamento”, é que deliberava sobre a culpa ou a inocência do acusado. O

⁶⁶ MARQUES, J. F. *O Júri no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 64.

⁶⁷ NUCCI, G. S.. *Júri: Princípios Constitucionais*. 1ª. Ed. . São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 32.

sistema francês inspira-se no *petty jury*, e acabou servindo como paradigma para as demais legislações do mundo ocidental.

Lênio Streck⁶⁸ informa ser o *Grand Jury* composto por entre 12 e 24 pessoas e decidido por maioria de 12. O Tribunal do Júri se organizava na Inglaterra, até 1933, pela atuação de dois órgãos jurisdicionais: o *Grand Jury*, ou júri de acusação, e o *Petty Jury*, ou júri de veredicto. A composição do primeiro era de 23 jurados leigos e um magistrado ou presidente (*sheriff*), com jurisdição no condado (*county*), e cuja missão era decidir sobre uma imputação penal, exercendo a ação penal frente ao imputado e dizendo se procedia ou não a adoção de alguma medida cautelar. Na verdade, o *Grand Jury*, no modelo anglo-saxão (depois adotado nos Estados Unidos), funcionava como uma espécie de inquisidor e também como controle e filtro das imputações.

Gradualmente, e sem um marco temporal específico, o júri inglês foi deixando de ser um corpo colegiado de inquisidores reunidos pelos agentes do rei especificamente para depor sobre determinados fatos, imputando-os a alguém. A separação das figuras do acusador e julgador devolveu ao júri típica função judicante. Aos poucos, a atribuição de apurar e imputar os fatos entregou-se quase exclusivamente aos juízes de paz (*Magistrates*), que hoje se ocupam do trâmite prévio do processo de toda sorte de delitos, atuam em forma de colegiado e decidem sobre as medidas constritivas e a submissão ou não dos

⁶⁸ STRECK, L.L.. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4^a. Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 76.

casos aos tribunais da Coroa, compostos estes por jurados. Só em determinados casos, como nos de morte violenta, intervém na admissibilidade da acusação um tipo especial de júri, chamado *Coronel's Court (Coronel's act, de 1988)*, cuja composição oscila entre sete e dez jurados.

Em 1933, o *Grand Jury* foi abolido na Inglaterra, já que, com o passar dos anos, foi perdendo atividade em face dos tribunais de *magistrates*, até que sua presença se reduziu a uma mera formalidade desnecessária, uma duplicação de trabalhos. O modelo de *Grand Jury*, nos EUA, mantém a sua existência em aproximadamente metade dos estados e também o modelo federal.

O segundo formato de Tribunal Popular inglês (*Petty Jury*) era composto por dez juízes leigos e por um juiz técnico, que exerce a presidência, emitindo um veredicto sobre os fatos após o desenvolvimento de um processo oral. Este modelo é que inspirou o sistema francês e também o brasileiro. Aqui, a imputação e a admissibilidade da acusação não competem aos jurados, que julgam o mérito da imputação.

A garantia de julgamento pelos pares foi afirmada, com maior extensão, a todos os cidadãos ingleses com o advento do Bill of Rights, de 13 de fevereiro de 1687. Então, o direito passa a ser reconhecido não só à nobreza, como se dava até então, mas a todos os cidadãos indistintamente. Olhando com maior acuidade o fenômeno do júri inglês, é de se observar um interessante paradoxo: as práticas participativas do povo na distribuição da justiça, tanto anteriores como posteriores à conquista normanda, e que representam uma forma de

autogoverno e democratização, só puderam se manter mercê da consolidação e estabilidade do poder central. Mas, na França, por ocasião da revolução de 1789, o júri foi muito prestigiado justamente por representar uma ruptura com o *ancien régime*. Trouxeram o júri da ilha para o continente justamente para combater os magistrados que se dobravam as orientações da monarquia e das dinastias.

3.2. O Júri e o Escabinado

Logo se vê a inspiração do júri como essencialmente democrática, aproximação do poder estatal de seu fundamento popular. Disto não discrepa Lênio Streck⁶⁹ para quem “o júri foi introduzido na França pela Revolução Francesa, visando retirar da magistratura o poder de julgar e repassá-lo ao povo, detentor de soberania e da legitimidade”. Assim, o Júri popular foi criado em território francês por decreto em 30 de abril de 1790, e ratificado pela Constituição revolucionária de 1791. Num primeiro momento, foi importado do sistema inglês o *Grand Jury*, composto por oito membros, mas este foi extinto em 1808, quando Napoleão teria cogitado extinguir a própria instituição do júri, só não o fazendo para manter a “tradição revolucionária”.

Com a notória influência dos ideais revolucionários em todo o ocidente, o júri ganhou mundo, sempre orientado por estas duas diretrizes: participação popular e controle democrático da jurisdição. Depois, o júri Francês evoluiu

⁶⁹ STRECK, L.L.. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4ª. Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 79

para o **escabinado** ou *escabinato*, sistema colegiado heterogêneo composto por juízes profissionais e leigos, sem divisão específica de tarefas.

Aliás, cumpre distinguir o júri de outros órgãos heterogêneos, que mesclam juízes profissionais e leigos, como o *escabinado*. Tanto no júri como no *escabinado*, há recrutamento popular, sorteio de jurados e divisão de julgamento. O traço distintivo marcante entre o júri e o *escabinado* é que, no primeiro, só aos jurados é devolvido o julgamento quanto à existência do crime e sua autoria e, no último, a deliberação quanto a estes temas também é atribuição dos juízes profissionais. José Frederico Marques⁷⁰ aponta que o julgamento nos *escabinados* não tem um paradigma formal único, conformando-se diferentemente em cada país Europeu que o adotou. E conclui:

“Traço específico do júri, nas mutações sofridas pela instituição e em face de outros juízos colegiados heterogêneos é somente este: a competência funcional exclusiva dos jurados, para decidirem sobre a existência do crime e a responsabilidade do acusado. Este é o seu elemento específico, o característico que o individualiza nas formas de participação popular nos julgamentos criminais”.

Juan Antonio Alejandro⁷¹ assinala a dificuldade de encontrar definições completas sobre o júri. Mas, qualquer que seja a definição que partamos, o elemento comum é participação popular na administração da justiça. Assim,

⁷⁰ MARQUES, J. F. *O Júri no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 68.

⁷¹ ALEJANDRE, J. A.. *La justitia popular. Análisis de una experiencia historica*. Madrid: Universidad Complutense, 1988, p. 21.

sugere-se uma classificação tripartida: “*jurado puro, jurado de escabinos e jurado misto*”.

No modelo de jurado puro, que inspira o nosso júri, os jurados leigos, dirigidos por um magistrado, conhecem dos fatos e pronunciam o veredicto, que originalmente consistia em responder apenas culpado ou inocente (“*guilty or not guilty*”) e depois se sofisticou para um questionário mais completo, para abordar as circunstâncias do fato ou da própria vontade do agente. Este modelo de “*jurado puro*” vige hoje, nos Estados Unidos, Suécia, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Austrália e Canadá.

O segundo modelo é o *escabinado*, composto por jurados leigos e técnicos, contidos todos em um único colegiado, não havendo distinção de matéria de fato e matéria de direito, de forma que todos são competentes para conhecer integralmente da matéria levada a juízo⁷². É o modelo europeu por excelência, vigente na Alemanha, Itália, Portugal e França. Na maioria destes países foi adotado como uma evolução do sistema de jurado puro.

O terceiro sistema de participação popular nos julgamentos é conhecido como misto. Este é típico de países como Áustria e Noruega, e se caracteriza pelo seguinte: até o pronunciamento do veredicto quanto ao fato a matéria é a

⁷² “*El tribunal de escabinos está compuesto por jueces técnicos e legos. Ambos examinan las cuestiones de hecho e de derecho. Tanto la culpabilidad como la aplicación de la pena caen dentro de su esfera de actuación, adoptándose sus decisiones por mayoría. El escabinado representa la ventaja de que los jueces legos son asesorados y asistidos por los técnicos en las cuestiones de derecho que lo requieren*”. (SENDRA, G. *Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, in *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. Madri, 1978, p 322.)

afetada aos jurados. Depois, no momento da determinação da sentença, na hipótese de condenação, a decisão é de um tribunal no formato *escabinado*.

Como o júri e os *escabinados* representavam um freio em face das arbitrariedades dos agentes públicos encarregados da administração da justiça, esta idéia albergou-se facilmente na França, ajudada pelo ambiente favorável criado pela revolução. Em capítulo específico, abordaremos como se relacionam, a partir das conquistas iniciais da Carta Magna e do ideário inspirador da revolução francesa, o Tribunal do Júri (aqui entendido *latu senso* para albergar as mais diversas espécies de órgão colegiado composto por juiz leigo) e o estado democrático de direito.

A aproximação terminológica, qual seja, designar o *gênero*, participação popular na Justiça, pela *espécie*, Tribunal do Júri - não importa, ao que parece, nenhuma heresia, pois encontra consistente base científica, como diz Gimeno Sendra⁷³:

“não há óbice algum para que , naquelas Constituições em que se realiza uma expressa menção a forma de participação popular no ofício jurisdicional, se siga utilizando o termo “Jurado” e não o inexpressivo “escabinato” , ou que inclusive, dentro do nível da legislação ordinária, se siga empregando termos como “Júri” ou “Corte de Assises” para encobrir na realidade Tribunais de Escabinos”

⁷³ SENDRA, G. *Derecho Penal y Constitución*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Madri, 1982, p 346. *ino há sido óbice alguno para que, en aquellas Constituciones en las que se realiza una expressa mención de la forma de participación popular en el oficio judicial, se sigla utilizando el término “Jurado” y no el inexpressivo de “escabinato” o que, incluso, dentro del nivel de la legislación ordinária, se sigan empleando términos como los de “jury” o “Corte de Assises” para encubrir en realidad a los Tribunales de escabinos”.*(tradução livre do autor)

3.2.2. A Participação Popular na Justiça

Somamos à pesquisa algumas reflexões sobre a participação popular na jurisdição no direito comparado e a sua importância na configuração do Estado democrático de direito. Não se trata aqui de fazer propriamente uma aproximação ao Júri popular brasileiro, mas principalmente considerar a efetividade desta participação e a sua real importância na consolidação democrática. Os países escolhidos são democracias consolidadas e alguns deles certamente albergam formas de participação popular no exercício da jurisdição que poderiam orientar o aprimoramento do Tribunal do Júri brasileiro, para fazê-lo mais democrático.

Bem de ver que, no Brasil, é o juiz de direito presidente do Tribunal do Júri quem decide quem será ou não jurado, circunstância que em tese pode fazer o Tribunal do Júri distanciar-se dos ideais de representatividade popular.

Ainda pesa na escolha dos jurados a cláusula, algo subjetiva, do reconhecimento da *idoneidade moral*. Apenas as pessoas “*de bem*”, os cidadãos cumpridores dos seus deveres, podem compor o Júri. Para além da marginalização da pobreza miserável, que não tem assento como jurado, a cláusula da idoneidade moral mostrou-se muita vez insuficiente, pois já integraram lista de jurado e compuseram Conselhos de sentença pessoas as quais

se imputavam crimes, às vezes até similares aos julgados pelo próprio Júri, não havendo pesquisa efetiva de como o jurado se conduz na vida.

O controle da formação do corpo de jurados no Brasil é deveras desinteressante à população, mormente nos grandes centros, e o júri não encontra seu fundamento, ato de exercício da cidadania, arraigado no sentimento das pessoas. Tudo isto, bem replicados alguns bons modelos do direito comparado, poderia ser revertido, voltando o Tribunal do Júri a ser um momento sublime de exercício da cidadania. Passemos a estes modelos.

3.3.1. O Escabinado Francês

Na esteira dos ideais de cidadania e soberania popular que orientaram a revolução francesa, a Lei de Polícia de Segurança, da Justiça Criminal e da Instituição do Júri, de 1791, foi o primeiro diploma legal no continente europeu a contemplar o Tribunal do Júri. Cada departamento territorial recebeu seu Tribunal do Júri. A princípio foi adotado o formato inglês, de *jurado puro*, sem influência de juízes togados, mas, já em 1808, ocorreu a primeira alteração, criando a atribuição a magistrados de assessoramento dos jurados, quando estes assim solicitassem. Entretanto, mesmo com este assessoramento, o sistema manteve a característica de jurado puro.

Em 1932, o sistema foi substancialmente alterado, começando a conhecer seu caráter misto. Depois de proferir uma condenação, os jurados se

reuniam com os magistrados para impor a pena e redigir a sentença: o sistema encaminhava-se então do formato de jurado puro para o *escabinado*.

Em 1941, bem no curso da Segunda Guerra Mundial, editou-se uma lei respaldada nas *Cours d'Assises*, estabelecendo o número de seis jurados leigos e três profissionais. Na verdade, consoante o art. 240 do CPP francês, *La cour d'assises comprend: la cour proprement dite et le jury*. A Corte, propriamente dita, tem a composição do art. 243 do CPP francês, distingue-se do júri e é composta pelo presidente e os assessores. Novas alterações em 1944 e 1945 ratificaram o sistema do *escabinado* francês, apenas com incremento no número de jurados leigos que, hoje, são francamente majoritários (nove jurados)⁷⁴.

Quanto à seleção dos jurados o artigo 255 do Código de Processo Penal Francês, com redação que lhe foi dada em 1978, estabelece que os jurados devem ser cidadãos franceses, com mais de 23 anos de idade, que saibam ler e escrever, desfrutando dos direitos políticos, civis e familiares e que não apresentem hipótese de impedimento ou incompatibilidade, na forma dos arts. 256 e 257 do mesmo diploma⁷⁵.

Cada prefeitura prepara uma lista, com fundamento na lista eleitoral e a remete para cada *Cour*. Lá se reúne uma comissão que cuida de afastar os que

⁷⁴ PLANCHADELL, Andréa. *El escabinado francés*. In: Comentarios a La Lei del jurado. Coord. AROCA M. A. e COLOMER J. L. G. Madri: Aranzadi, 1999, p. 97.

⁷⁵ Artigo 255 do CPP francês: *Peuvent seuls remplir les fonctions de juré, les citoyens de l'un ou de l'autre sexe, âgés de plus de vingt-trois ans, sachant lire et écrire en français, jouissant des droits politiques, civils et de famille, et ne se trouvant dans aucun cas d'incapacité ou d'incompatibilité énumérés par les deux articles suivants.*

não possuem as condições legais. Formada a lista⁷⁶, processo minuciosamente estabelecido no Código de Processo Penal da França, claramente visando garantir o controle democrático da seleção do jurado, sorteiam-se em audiência pública os nomes de 40 jurados⁷⁷, que formam a lista da seção, e 12 suplentes.

Para cada julgamento, sorteiam-se, na frente do acusado, em audiência pública, os nove jurados. São nove os jurados no julgamento e 12 na apelação⁷⁸. O acusado pode recusar cinco jurados e o Ministério Público, quatro⁷⁹, sendo que as recusas podem ser imotivadas⁸⁰. Os jurados escolhidos, depois de passarem pelo crivo das partes, são compromissados⁸¹ pelo presidente para que não traiam os interesses do acusado ou os da sociedade, nem os da vítima. Os jurados são também compromissados que permaneçam incomunicáveis e então lembrados de que o acusado é presumidamente inocente. São instados para que

⁷⁶ Quanto a número de jurados, art. 260 do CPP francês: *Cette liste comprend, pour la cour d'assises de Paris, mille huit cents jurés et, pour les autres ressorts de cour d'assises, un juré pour mille trois cents habitants, sans toutefois que le nombre des jurés puisse être inférieur à deux cents(...).*

⁷⁷ Redação do art. 266 do CPP dada em 2004: *Trente jours au moins avant l'ouverture des assises, le premier président de la cour d'appel, ou son délégué, ou le président du tribunal de grande instance, siège de la cour d'assises, ou son délégué, tire au sort, en audience publique, sur la liste annuelle, les noms de quarante jurés qui forment la liste de session. Il tire, en outre, les noms de douze jurés suppléants sur la liste spéciale.* Antes o número era de 35 efetivos e dez suplentes.

⁷⁸ Art. 296 do CPP francês— *Le jury de jugement est composé de neuf jurés lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et de douze jurés lorsqu'elle statue en appel.*

⁷⁹ Art. 298 do CPP francês.

⁸⁰ Art. 297 do CPP francês.

⁸¹ Art. 304 — *Le président adresse aux jurés, debout et découverts, le discours suivant Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X..., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre, et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions. Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répond en levant la main : "Je le jure".*

julguem, consoante a íntima convicção e consciência, com a imparcialidade que convém a um homem probo e livre, mantendo secreta a deliberação, mesmo depois do julgamento.

O espectro de deliberação dos jurados é bastante amplo, não se limitando ao veredicto de culpado ou inocente, mas enfrentando as questões acessórias ao fato principal, inclusive quanto à culpabilidade, agravantes e causas de diminuição de pena.⁸²

O *escabinado* francês julga os delitos mais graves, os crimes. Em ordem crescente de gravidade, as infrações são classificadas como contravenções, delitos e crimes, julgadas respectivamente pelo tribunal de polícia, o tribunal correcional e a *Cour d'Assises*. Segundo Valérie Dervieux⁸³, o *escabinado* francês tem jurisdição para julgar crimes cometidos por pessoas físicas e jurídicas. É usualmente composto por três juízes profissionais (um presidente e dois assessores, que constituem a corte em si mesma) e nove jurados (o júri). A Corte e o júri deliberam conjuntamente sobre a culpa dos acusados e até a reforma promovida no ano 2000 a decisão não era passível de recurso.

A jurisdição do *escabinado* francês, ao que parece prevalecer, cede espaço em hipóteses previstas na Constituição para o foro “especial” de determinados detentores de cargo público, como é o caso do Presidente da

⁸² Art. 356 do CPP francês.

⁸³ DERVIEUX, V.. *Processos Penais na Europa*, coord. Mireille Delmas-Marty. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2005, p.166.

República, que só pode ser julgado por alta traição. Na verdade, o Presidente da República goza de imunidade, conforme o art. 68 da Constituição Francesa, não sendo responsável pelos atos realizados no exercício de suas funções, exceto no caso de alta traição. Ele só pode ser acusado pelas duas assembleias, estatuinto por voto idêntico em votação pública e por maioria absoluta dos seus membros. Ele é julgado pela Alta Corte de Justiça formada por parlamentares (composta de membros eleitos em igual número pela Assembleia Nacional e pelo Senado). Por tratar-se de infrações cometidas no exercício de suas funções, os membros do governo são julgados pela Corte de Justiça da República, formada por 15 juizes: 12 parlamentares eleitos pelos seus pares e em número igual pela Assembleia Nacional e pelo Senado, e três magistrados do Tribunal Cassação, um deles presidindo.

No sistema francês qualquer pessoa que se pretenda lesada por um crime ou um delito cometido por um membro do Governo no exercício de suas funções pode apresentar queixa junto a uma comissão de inquérito. Essa comissão ordenará, seja o arquivamento do processo, seja sua transmissão ao procurador geral do Tribunal de Cassação para fim de apreciação judicial.

3.3.2. O Escabinado Alemão

No antigo direito germânico, todo homem livre tinha a obrigação de assistir a assembleia pública, na qual se produziam as decisões quanto ao direito,

participando assim da administração da justiça. O procedimento era público e oral, marcadamente acusatório. Entre os povos germânicos do oeste, a sentença já guardava uma peculiaridade interessante. Era constituída de duas partes, a primeira sobre a prova e outra parte com o resultado do fato provado. Assim, às partes se abria alternativa, ou bem concordando com o imposto na parte dispositiva, ou bem se submetendo à novas provas, que na verdade encerravam o juramento por parte do querelado de seu direito, muitas vezes dele se exigindo a reunião de outros conjuradores, que declaravam ser este “puro e sem perjúrio” como reforço ao juramento. Este sistema convivia com o sistema ordálio das provas de água, de fogo, da sorte e do duelo.

No continente, até a alta Idade Média, consoante Albin Eser⁸⁴, a administração da justiça residia principalmente na mão do povo. Com a consolidação das estruturas senhoriais, desde o período franco, agregaram-se ao processo, que era um processo de partes puro, elementos de jurisdição estatal, primeiramente real e depois senhorial, que ficaram registrados nos mais importantes livros jurídicos da Idade Média: o *Sachsenspiegel*, que plasma o direito feudal e foi posto por escrito entre 1220 e 1235, e o *Schwabenspiegel*, que trata do mesmo tema (resenha de direito feudal) e que teria sido escrito entre 1275 e 1276.

⁸⁴ ESER, A.. *Juízes leigos no processo penal. Uma comparação entre os sistemas inquisitivo e adversativo a partir da perspectiva alemã.* In: *Processo Penal e Direito do Estado*. Coords: Choukr, Fauzi Hassan e Ambos, Kai.. Campinas: Edicamp, 2002.

O elemento jurisdição foi fundamental para a viabilização do Absolutismo, que importou no total afastamento popular da participação na administração da Justiça. Gradativamente, nos séculos XV e XVI, a aplicação do direito foi se tornando monopólio de juízes e funcionários instruídos, nomeados pelos senhores. Ainda que sob o comando de Carlos V a participação de leigos na jurisdição fosse formalmente prevista – *peinliche Gerichtsordnung, 1532* – estes apenas tomavam parte no momento de proferir a sentença e, por fim, acabaram se tornando meras testemunhas do Tribunal.

Com o Absolutismo, no século XVIII, desapareceram os últimos leigos nos tribunais. É também ostensivo que os juízes não guardavam qualquer imparcialidade, vulneráveis ao poder absoluto do soberano. O fim do Absolutismo e o advento da Revolução Francesa inspiraram o resgate da participação popular em seu duplice aspecto: *garantia da independência dos tribunais como pressuposto da liberdade do indivíduo frente ao Estado, e também a efetiva participação popular na atividade estatal*, o que ensejaria, como notável subproduto, uma melhora do conhecimento da Lei e do Direito por parte das pessoas. Só depois de meio século da Revolução Francesa, a Assembléia Nacional de Frankfurt, reunida em 1848 na Igreja de São Paulo, erigiu a participação cidadã na Justiça, como um direito fundamental na Alemanha.

Joseph Anselm Feuerbach⁸⁵, na sua obra *Betrachtungen über das Geschworenengericht* (Considerações sobre o Tribunal do Júri), de 1812, se não foi um entusiasta da mudança, entendia a sua importância, como resgate legítimo da cidadania. Conquanto reconhecesse que o sistema de jurado puro representava um avanço na direção do aspecto democrático, negava a capacidade dos jurados para responder questão pertinente à culpabilidade e considerava amplas as possibilidades de influência dos juízes profissionais sobre os jurados.

A evolução do sistema de jurado puro ao prevalecer do sistema de *escabinado* deu-se antes mesmo na Alemanha do que na França. Com o Império, e a premência de criação de um ordenamento jurídico único, a *Gerichtsverfassungsgesetz* (Lei Orgânica dos Tribunais), de 1879, previu tanto um Tribunal de Júri puro, quanto um Tribunal de Escabinos. Embora prevalecesse o sistema do júri puro (inglês), alguns estados optaram por manter o sistema *escabinado*.

Em quatro de janeiro de 1924, o ministro Emminger conduziu uma reforma legislativa que substituiu o Tribunal do Júri puro, chamado *Shuwurgericht*, pelo Tribunal Escabinado, que recebeu o nome de *Schöffengericht*. O tribunal tomava a forma de colegiado, composto por seis jurados leigos e três magistrados.

⁸⁵ ESER, Albin. *Juízes leigos no processo penal. Uma comparação entre os sistemas inquisitivo e adversativo a partir da perspectiva alemã*. In: *Processo Penal e Direito do Estado*. Coords: Choukr, Fauzi Hassan e Ambos, Kai.. Campinas: Edicamp, 2002, p. 7.

Entretanto, o viés democrático deste tribunal não compunha com a ditadura. Sob o poder do Nazismo, o *Escabinado* Alemão foi suspenso em 1º de setembro de 1939. Com o fim da guerra e a redemocratização, o *escabinado* retornou, passando por inúmeras reformas.

Cumprir observar que o *escabinado* não foi a única experiência de participação popular na justiça alemã. A Baviera, em 1950, implantou um autêntico Tribunal de Júri puro. Também a RDA criou Tribunais do Júri puros.

Em 1974, importante alteração foi feita na estrutura do Tribunal, eis que se reduziu o número de jurados leigos de seis para dois, e de magistrados de três para um, com vistas à simplificação dos julgamentos.

Hoje, no complexo sistema judiciário alemão, o poder judiciário é exercido pelos tribunais de jurisdição ordinária, os tribunais penais e os tribunais de direito civil. As decisões são tomadas pelo *Amtsgericht* (Tribunal de Comarca), o *Landgericht* (Tribunal Regional), o *Oberlandesgericht* (Tribunal da Relação) e, em última instância, pelo *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Federal). Há ainda quatro jurisdições especiais: a jurisdição administrativa (com as seguintes instâncias: *Verwaltungsgericht* - Tribunal Administrativo, *Oberverwaltungsgericht* ou *Verwaltungsgerichtshof* - Supremo Tribunal Administrativo); a jurisdição financeira (*Finanzgericht* - Tribunal de Finanças e *Bundesfinanzhof* - Tribunal Federal das Finanças); a jurisdição do trabalho (instâncias: *Arbeitsgericht* - Tribunal do Trabalho, *Landesarbeitsgericht* - Tribunal Regional do Trabalho e *Bundesarbeitsgericht* - Tribunal Federal do

Trabalho); e a jurisdição social (instâncias: *Sozialgericht* - Tribunal Social, *Landessozialgericht* - Tribunal Social Regional e *Bundessozialgericht* - Tribunal Social Federal). Há ainda o *Bundespatentgericht* (Tribunal Federal de Patentes) e o *Truppendienstgerichte* (Tribunal Militar).

O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) compõe-se por eleição. Metade de seus membros é eleita por maioria de 2/3, pelo *Bundesrat* (câmara alta do Parlamento alemão), sendo a outra metade eleita pelo *Bundestag* (câmara baixa do Parlamento alemão) através de um comitê composto por 12 membros, empossados pelo Presidente da República.

No âmbito criminal, em primeira instância, os juizados municipais ou *Amtsgericht* estão constituídos por um juiz presidente e por dois escabinos (*Ehrenchter*), podendo intervir um segundo juiz conforme o caso⁸⁶. O *Amtsgericht* pode atuar como juiz penal ou tribunal de escabinos. Compete-lhe o conhecimento de delitos com pena privativa de liberdade até quatro anos, com a observação de que o tribunal de escabinos está previsto toda a vez que a pena prevista possa exceder dois anos⁸⁷. O mesmo serve para aqueles feitos que podem redundar na internação psiquiátrica ou imposição de outra medida de segurança, tudo na forma do § 24 da *Gerichtsverfassungsgesetz* – *Lei de Organização Judiciária*.

⁸⁶ § 292, da *Gerichtsverfassungsgesetz* – Lei de organização judiciária dos tribunais.

⁸⁷ §§ 24, 25 e 38 da *Gerichtsverfassungsgesetz* – Lei de organização judiciária dos tribunais.

O *Landgericht*, Tribunal provincial, decide em primeira instância, através da Grande Câmara Penal, composta por três juízes profissionais e dois escabinos. Na condição de *Schwurgericht*, pode decidir os delitos mais graves, tais como os dolosos contra a vida e outros crimes com resultado morte e também funciona como instância recursal, enfrentando recursos de decisões monocráticas dos juízes. Pela Grande Câmara Penal, o tribunal tem competência recursal para outras matérias criminais, tal como na formação originária para feitos de primeira instância, por três magistrados e dois jurados. Nas instâncias superiores da justiça Alemã, não se prevê a participação popular nem nos Tribunais Superiores do Estado Federado (*Oberlandesgericht*), nem no Supremo Tribunal (*Bundesgerichtshof*).

No *escabinado* alemão, os jurados têm os mesmos direitos e obrigações dos juízes profissionais. Tem o mesmo direito de voto, conquanto votem antes⁸⁸, até para excluir qualquer possibilidade de influência por parte do juiz togado. O tribunal decide por maioria absoluta. No *Amtsgericht* há mais juízes leigos que juízes togados, lógica que se inverte na Grande Câmara Penal do *Landgericht*.

O processo para seleção de um jurado é tão complexo quanto democrático. Cada jurado tem uma atribuição honorária cuja duração é de quatro anos. Cada município, por meio de Assembléia, ou órgão equivalente de representação popular, elabora, a cada quatro anos, uma nova lista de jurados.

⁸⁸ § 177 da *Gerichtsverfassungsgesetz* – Lei de organização judiciária.

Para haver transparência, muitas vezes as Assembléias utilizam critérios aleatórios, como lista telefônica ou de eleitor. Mais freqüente é a adoção de indicações, vindas de partidos políticos ou de associações⁸⁹. A lista compõe-se à relação de três jurados para cada mil habitantes.

Para ser admitido na lista, é preciso contar com o apoio de dois terços do número legal de membros da representação municipal (Comitê). Os membros do Comitê são eleitos pelos conselhos municipais, que por sua vez são constituídos a partir do voto popular, o que garante o controle, *ultima ratio*, de quem são os jurados.

Comparando com o sistema brasileiro, cuja decisão sobre quais são os jurados é do juiz presidente do tribunal do Júri, a quem cabe a confecção da lista⁹⁰, e que não é eleito pelo povo, avulta a importância na consolidação democrática da participação na Justiça. O alemão concorre para ser jurado. É motivo de orgulho ser jurado, não um ônus enfadonho, uma inconveniência.

⁸⁹ ESER, Albin. *Juízes leigos no processo penal. Uma comparação entre os sistemas inquisitivo e adversativo a partir da perspectiva alemã*. In: *Processo Penal e Direito do Estado*. Coords: Choukr, Fauzi Hassan e Ambos, Kai.. Campinas: Edicamp, 2002, p. 12, - Entendendo que esta via é melhor que o processo aleatório, pois permite a participação de pessoas que pediram para contribuir na distribuição da justiça. Sustenta que o sistema, pela necessidade de aprovação por 2/3 e pela indicação única por partido, não sofre de uma contaminação político-partidária.

⁹⁰ Art. 425 § 2º do Código de Processo Penal brasileiro: “O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.”

No Brasil não há esta concorrência, esta disputa pela condição de ser jurado, podendo o cidadão eventualmente se inscrever, algo que não é muito comum.⁹¹

Na Alemanha, uma condenação anterior pode afastar um indivíduo⁹² do júri, mas a lei não faz maiores exigências, exceto a nacionalidade alemã.

3.3.3. O Júri Americano

A chegada do júri ao continente americano se deu pelas mãos dos primeiros colonos ingleses. Na maior parte das Cartas de estabelecimento das Treze Colônias se previa taxativamente a aplicação do direito inglês, onde o júri se consolidara desde o *Bill of Rights*, de 1687. Excetua-se desta realidade o Estado da Luisiana, inicialmente pertencente a Coroa Espanhola e posteriormente a França.

O Júri não se instalou com a mesma força em todas as colônias, conquanto todas elas originalmente previssem o direito de ser julgado em casos penais pelos jurados. O prestígio do Júri nos Estados Unidos avultou justamente no processo de Independência⁹³, quando os representantes do povo opuseram-se

⁹¹ Fauzi Hassan Choukr relata interessante iniciativa do Tribunal de Justiça do Espírito Santo de sorteio eletrônico de jurados por resolução da presidência do tribunal de 65/2006. (*Júri – reformas, constinuísmos e perspectivas práticas*. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2008, p. 21).

⁹² § 31 da *Gerichtsverfassungsgesetz* – Lei de organização judiciária.

⁹³ AVANZINI G. “*Il reclutamiento dei giurati nei paese di Common Law*”, Giuffré, Milão, 1997, p. 267.

a colônia Inglesa. Este esforço relevante depois veio a ser reconhecido quando da articulação da Constituição de 1887. Ao depois, a garantia de ser julgado por jurados foi estendida até mesmo aos cidadãos da Luisiana, no precedente 391 US 145 - *Duncan x Luisiana* de 1968.

Nos Estados Unidos, o julgamento por jurados remonta ao ano de 1606⁹⁴, quando Jaime I garantiu o direito aos colonos ingleses, através da Carta da Companhia da Virgínia, configurando-o como o direito de ser julgado por doze leigos, que sem a participação de juiz técnico, chegariam por consenso à culpabilidade ou não de alguém. Em 1774, o 1º. Congresso Continental de Declaração de Direitos acenou com julgamento pelos jurados. A garantia do Júri nos Estados Unidos deriva das próprias premissas de igualdade que orientaram o processo de independência de 1776, pois a Declaração da Independência de 04 de julho já fixava os ideais de igualdade e democracia. Quando a Constituição foi ratificada em 1887, nela estava garantido que “*O julgamento de todos os delitos, exceto nos casos de impeachment (delitos de alta traição), será por jurados*”.

Desta forma, a Justiça Norte-americana se funda na participação cidadã, plasmada no artigo III, seção 2.3 da Constituição e também na sua sexta emenda, elaborada em 1791, onde se reconhece a todo o cidadão o direito de ser julgado por um juiz imparcial mediante um julgamento justo. O direito de ser julgado por um jurado imparcial e não submetido ao Poder político é uma das

⁹⁴ REBOLLO, Beatriz Sanjurjo. *Los Jurados en USA y en España: Dos contenidos distintos de una misma expresión*. Madri: Dykinson, 2004 p. 160

garantias constitucionais mais inquestionáveis e de maior tradição na América. A sexta emenda da Constituição norte-americana, determina que em toda causa criminal, o acusado gozará do direito de ser julgado rapidamente e em público por um Júri imparcial do local no qual o delito se tenha cometido.

Sobre o papel do jurado no sistema norte-americano, importante consignar decisão da Corte Suprema⁹⁵, dizendo que consiste em “*proteger o cidadão contra a execução arbitrária da lei*”, significando “*salvaguarda frente aos fiscais corruptos ou extremamente zelosos no cumprimento de suas funções e também contra juízes acomodados, negativamente predispostos ou de humor imprevisível*”. No mesmo julgamento fixou importantíssima premissa, qual seja: “***não é possível lograr uma participação popular verdadeira se ficam excluídos da atividade de jurado as minorias e outros setores concretos da sociedade***”.

A necessidade de Júri em todos os feitos criminais encontrou limitação na jurisprudência da Suprema Corte, já em 1968⁹⁶. O juiz Fórtas concluiu que os Estados devem estabelecer o julgamento pelos jurados nos delitos graves (*not petty offenses*), já que a Sexta Emenda traz tal cláusula, em âmbito Federal.

O conceito de *petty offenses* ficou estabelecido em infrações cuja pena máxima fosse inferior a seis meses de privação de liberdade⁹⁷. Dado ser ínsito ao sistema federativo norte americano a ampla autonomia aos Estados, cada um deles tratou de regulamentar a sexta emenda. No Alabama se chegou a permitir

⁹⁵ Williams x Florida, 399, U.S. 78, 1970, p. 87.

⁹⁶ Duncan x Luisiana, 391, U.S. 145, 1968.

⁹⁷ Blomm x Illinois, 391, U.S. 194, 1968. Baldwin x New York, 399 U.S. 66, 1969.

condenações por até 12 meses sem necessidade de Júri (*Crowe x State*, 1985). No Arizona, pode haver Tribunais com seis jurados, quando não for hipótese de pena superior a 30 anos, ou pena capital. No Kentucky, crimes com penas até 90 dias podem ser julgados sem a presença dos jurados. Na Flórida, não pode haver julgamento criminal sem júri, quando houver possibilidade de pena de prisão, exceto se, mesmo presente a possibilidade, o tribunal anunciar que não vai impor pena de prisão em hipótese de condenação. Como se vê, as variações são inúmeras, dificultando a confecção de uma síntese. Cada Estado da Federação tem suas normas para a competência do júri popular.

A verdade é que com o advento da criminalidade organizada e o crescente tráfico de drogas, o número de processos penais saturou o sistema judicial norte americano, dificultando muitíssimo a atividade do jurado, seja pela quantidade de feitos, seja pela complexidade e duração dos mesmos, seja ainda pelo incremento da chamada justiça negociada, dizendo a doutrina que o juízo oral chega a ser, na atualidade, tão complicado nos EUA, que o sistema só pode sobreviver com as negociações sobre a classificação do delito e sobre a sentença (*plea bargaining*).

Principalmente em casos de tráfico de drogas os acusados têm preferido, muito embora tenham direito à submissão a um Tribunal do Júri, submeter-se diretamente a um juiz togado, o que pode redundar numa decisão mais imparcial. Tal opção revela-se perfeitamente constitucional. A *rule 23* da

Federal Criminal Procedure permite ao acusado renunciar ao Júri, se há acordo com a outra parte e com o tribunal.

Apesar de parte da doutrina⁹⁸ ter afirmado ser este condicionamento à vontade da outra parte inconstitucional, dado que o réu teria o DIREITO de ser julgado pelo júri, este não foi o entendimento da Suprema Corte, que considerou o acordo prévio constitucional⁹⁹. A Suprema Corte consignou que um acusado podia renunciar ao Júri, com a aprovação do Tribunal e do Governo. Fixou-se que o direito a ser julgado pelo Júri implica o correlativo direito de renunciar a este juízo.

Instalado o Júri, o juiz possui apenas caráter diretivo, presidindo as seções de julgamento e resolvendo questões que surgem durante a demonstração das provas, seja pela acusação ou defesa, seja na apreciação destas pelos jurados. Cumpre zelar pelo bom procedimento do julgamento no tribunal, presidir o interrogatório, mas as perguntas serão feitas diretamente às partes litigantes, só interferindo se houver alguma objeção argüida, e nesse caso, decide se aceita ou rejeita tal pedido.

No formato original cabe ao juiz fazer a leitura do relatório ao Júri, enunciando as normas e leis que serão aplicadas, repassando as provas, sem manifestar sua opinião, apenas lhes dando um sentido lógico e chamando a atenção dos jurados para os pontos contraditórios e duvidosos das mesmas. Após

⁹⁸ La Fave, e Israel: “*Criminal Procedure*”, Minnessota: *West Publishing Co.*, 1992, p. 961.

⁹⁹ *Singer x United States*, 380, US 24, 1965.

ouvir o relatório do processo, o Júri retira-se do recinto da Corte e fecha-se numa sala, onde decide secretamente a causa.¹⁰⁰

Os jurados americanos são criteriosamente escolhidos, com investigação inicial sobre a idoneidade moral, buscando na realidade, pessoas capazes de serem imparciais. Como o intuito é manter a credibilidade e a respeitabilidade das decisões do júri, pesquisa-se a própria forma de ver o mundo dos jurados, tentando prevenir a presença de pessoas preconceituosas ou parciais.

Algumas exigências básicas são necessárias para a composição do júri, tais como: ser eleitor e estar em pleno gozo dos direitos políticos; possuir idade entre 21 e 60 anos, e ainda, ser alfabetizado. Nos julgamentos em que a pena de morte está em questão a fase de escolha dos jurados poderá durar meses. No momento da escolha, podem ocorrer recusas peremptórias, em número limitado, podendo tal limitação ser reduzida a critério do juiz. Ademais, focando novamente o caso da pena de morte, poderá haver 20 recusas imotivadas por cada parte (acusação e defesa).

O sistema americano, à moda inglesa, contempla a distinção entre *Grand e Petit Jury*. O “*Grand Jury*” é um tribunal que apenas admite a viabilidade da acusação. É realizado um sorteio para a escolha de 16 a 23 eleitores da comunidade, para a composição de tal conselho. Esse tribunal faz um juízo similar ao de pronúncia, tratando-se de uma audiência preliminar para

¹⁰⁰ KAPLAN, B.. *Do julgamento pelo Júri. Aspectos do Direito Americano*. Tradução de Janine Yvonne Ramos Pères e Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 41-49.

que a acusação demonstre a existência de fundamentos válidos para instauração do procedimento criminal, bastando que a maioria dos jurados que compõem o “*Grand Jury*” decida por aceitar a acusação que será efetivada perante o “*Petit Jury*”.

Com relação ao “*Petit Jury*”, o sorteio dos jurados ocorre da mesma forma, sendo que o conselho de jurados é composto por 12 pessoas, imbricando os comentadores este número com o número de apóstolos de CRISTO, donde se extrai a inspiração humanística do Tribunal.

O “*Petit Jury*” é competente para julgar os réus, podendo declará-los culpados ou inocentes, inclusive recomendando a sanção a ser aplicada ao acusado pelo juiz.¹⁰¹ Na sessão de julgamento, após a apresentação das teses da acusação e defesa cumpre ao magistrado realizar uma explanação aos jurados, lembrando que a decisão dos jurados deverá ser cautelosa e que cabe a estes avaliar as provas apresentadas, uma vez que tal decisão impõe a todos eles grande responsabilidade, tendo em vista a decisão do destino de um indivíduo.

A seguir, o Conselho de Sentença se reunirá para deliberação a portas fechadas, o que poderá perdurar por algumas horas, dias ou meses, onde discutirão sobre o veredicto, que deverá ser unânime. Muitas vezes, em face do impasse dos jurados, o magistrado afasta a necessidade de unanimidade, para obtenção de um veredicto válido. O conselho de jurados se retira, encaminha-se

¹⁰¹ SÉROUSSI, R... *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. 1999. Dunod, Paris: Landy, p.150-151.

para a sala secreta e delibera sozinho, proibindo-se contatos com o exterior enquanto não for dado o veredicto.

Cabe ao líder dos jurados (*foreperson*) conduzir as discussões na sala secreta acerca dos caminhos a serem percorridos para a decisão do julgamento. Se, após as deliberações, não chegarem os jurados a uma decisão unânime, ou seja, havendo dúvida razoável, ocorrerá uma suspensão (“*hung jury*”), o que obriga o juiz a declarar um “*mistrial*” (anulação do julgamento), com a conseqüente convocação de novo julgamento.¹⁰²

3.3.4. O Escabinado Português

Inspirado pelo espírito da revolução francesa, Portugal, durante quase um século, de 1832 a 1927, teve um sistema de jurado puro. O modelo *escabinado* só vai se instaurar em 1975, por força dos Decretos Lei 605/1975 e 679/1975, que estabeleciam inclusive a possibilidade de escolha, por parte do jurisdicionado, quanto a se submeter ao *escabinado* ou submeter-se ao “Tribunal coletivo”, formado exclusivamente por juízes profissionais. Hoje regulam a participação popular na Justiça portuguesa o Código de procedimentos penais (arts. 13 e 345 e 365), a Lei orgânica dos tribunais (arts. 51 e 62) e o Decreto Lei

¹⁰² OLIVEIRA, Edmundo. *O Tribunal do Júri na Administração da Justiça Criminal nos Estados Unidos. Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. 1999. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 98-111.

real de 29 de dezembro, todos os diplomas do ano de 1987 e é de se constatar a pouca musculatura que a participação popular tem na justiça portuguesa, reflexão importante para entendermos o caráter do nosso Tribunal do Júri brasileiro e porque ele não exprime o ideal democrático em toda a sua plenitude.

Na forma do Artigo 207.º da Constituição portuguesa: *“O júri, nos casos e com a composição que a lei fixar, intervém no julgamento dos crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada, designadamente quando a acusação ou a defesa o requeiram.”*.

A competência do tribunal do Júri português está estabelecida no art. 13 do Código de Processo Penal. Compete ao tribunal do júri julgar os processos que, na hipótese de a jurisdição do júri ter sido postulada pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo argüido, respeitarem a crimes previstos no título III e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal. O requerimento do Ministério Público e o do assistente devem ter lugar no prazo para dedução da acusação, conjuntamente com esta, e o do argüido, no prazo do requerimento para abertura de instrução.

Havendo instrução, o requerimento do réu e o do assistente que não deduziu acusação, devem ter lugar no prazo de oito dias a contar da notificação da pronúncia. O requerimento de intervenção do júri é irretratável. O título III trata dos **crimes contra a paz e a humanidade e o capítulo I do título V do livro II trata dos crimes contra a segurança do Estado.**

Compete ainda ao Tribunal do Júri julgar os processos que, não devendo ser julgados pelo tribunal singular e tendo sido requerida pelo Ministério Público a intervenção do júri, ou mesmo pelo assistente ou pelo argüido, disserem com crimes cuja pena máxima, abstratamente aplicável, superior a oito anos de prisão.

A composição do Tribunal do Júri é de oito escabinos (quatro titulares, chamados jurados, e quatro suplentes) mais três juízes profissionais ou tribunal coletivo. Os jurados são selecionados a partir de um sorteio que toma como base a listas eleitorais, com determinados requisitos, como, por exemplo, ser maior de 25 anos e ter menos de 65 anos. 25 anos é também a idade média para ascender à judicatura em Portugal, justificando-se por isto esta idade aos jurados. Servir como jurado é considerado um serviço público obrigatório.

Os jurados, no sistema português, deliberam juntamente com os juízes técnicos sobre as questões de fato e de direito, inclusive votando o quantum de eventual pena a ser imposta. As decisões são tomadas por maioria simples e redigidas conjuntamente por juízes e jurados. Na deliberação participam todos os juízes e jurados que constituem o tribunal, sob a direção do presidente. Cada juiz e cada jurado enunciam as razões da sua opinião, indicando, sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a sua convicção e votam sobre cada uma das questões, independentemente do sentido do voto que tenham expressado sobre outras questões. Não é admissível a abstenção. O presidente recolhe os votos, começando pelo juiz com menor antiguidade de serviço, e vota

em último lugar. No tribunal do júri votam primeiro os jurados, por ordem crescente de idade.

Se os fatos não restarem provados, o tribunal coletivo, de juízes togados, absolve o réu. Se for demonstrada a culpa, os jurados fixarão a pena.¹⁰³ As sentenças são recorríveis à Corte Suprema, tanto quanto ao veredicto dos jurados sobre os fatos, como quanto à matéria de direito.

3.4. O Júri no Brasil

O Júri fixa-se no nosso ordenamento nacional por meio do Decreto Imperial de 18 de junho de 1822, com a competência para julgar os crimes de imprensa. Compunha-se então de 24 jurados, destes 16 poderiam ser recusados, formando-se um conselho de oito jurados. Isto ocorreu após a elevação do Brasil à condição de reino Unido a Portugal, 16.12.1815, já sob os influxos do iluminismo e do constitucionalismo e por força da marcada influência da revolução francesa.

É de se constatar que a instituição do Júri, cuja configuração moderna deu-se na Inglaterra a partir da Magna Carta de 1215¹⁰⁴, compunha

¹⁰³ GAGALLO, A. Planchadell: “*El escabinado Portugués*”, na obra coletiva “*Comentarios a la ley del jurado*”. Coordenação: Juan Montero Aroca e Juan Luis Colomer. Madri: Ed. Aranzadi, 1999, p. 111 e segts.

¹⁰⁴ Assim José Frederico Marques, *O júri e sua nova regulamentação legal*. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 28; A instituição do júri, São Paulo: Saraiva, 1963, vol I, p. 3; Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, 2º vol. P. 73-4; Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, São

perfeitamente o ideário democrático que orientou a revolução francesa, eis que um dos motes da revolução era justamente a falta de independência dos juízes do antigo regime, que se curvavam diante do poder central do rei, sendo o processo penal marcadamente inquisitivo e secreto. A origem próxima do júri brasileiro é marcadamente inglesa, posta a influência que a Inglaterra exerceu sobre Portugal no Século XIX, um reino sob ameaça constante, a ponto de a Corte Portuguesa optar por transferir-se para o Brasil (29.11.1807). Foi decisiva para a introdução do Júri no Brasil a ascendência que os ingleses¹⁰⁵ tinham sobre o Príncipe Regente D. Pedro.

O Tribunal do Júri esteve desde logo contemplado no plano constitucional. Já na Carta do Império, de 25 de março de 1824, o art. 151 estabeleceu ser o Poder Judicial, composto por juízes e jurados, acrescentando, em seguida, que estes se pronunciariam sobre os fatos e aqueles aplicariam as leis. A competência dos jurados era ampla, tocando-lhes tanto os processos cíveis quanto os criminais. Dispunha o texto: “*O Poder Judicial é independente,*

Paulo: Saraiva, 1989, 2º p. 206-7; James Tubenschlak, *Tribunal do Júri – contradições e soluções*, São Paulo; Saraiva, 1997, 5ª edição, p. 3.

¹⁰⁵ “*De facto, instituído o Jury no Brasil, por influencia de José Bonifácio de Andrada e Silva, por acto de 10 de junho de 1822, inaugurou-se no Rio de Janeiro, a 25 de junho de 1825, para julgar o crime de injurias impressas, e como observou, dentre outros, Margarinos Torres (instrução para os jurados, p. 38) – “ a antiga instituição, virtualmente inglesa, que se impoz à adopção do mundo civilisado pelo conceito philosophico sobre o crime, variante com os tempos e lugares, também creou raizes no Brasil; e discutida embora, quanto ao seu funcionamento, foi sempre defendida, como garantia suprema das liberdades cívicas(...) Reintegrado o Jury nas suas prerrogativas em 1871, e estendida a sua competência a toda a matéria criminal, foi elle enfim mantido na constituição da republica, no artigo 72, paragrapho 31 - como ramo do poder judiciário e uma das garantias outorgadas a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil”. (FRANCO, Ary Azevedo. *O Jury no Estado Novo*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1939, p. 9.)*

*e será composto de Juizes e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem” e seguia “Os Jurados pronunciam sobre o facto e os Juizes applicam a lei”*¹⁰⁶

Pela Lei de 20 de setembro de 1830, aproximando-nos ainda mais do sistema inglês, que se configurava em pequeno e grande júri, ficaram instituídos o *Júri de Acusação* e o *Júri de Julgação* e o Código do Processo Criminal a de 29 de novembro de 1832, ainda sob os auspícios da influência liberal, devolveu ao Júri ampla competência. Compunham o primeiro, ou Júri de Acusação, vinte e três membros e o outro, ou Júri de Sentença, doze – escolhidos todos dentre eleitores de “*reconhecido bom senso e probidade*”, com exceção, de senadores, deputados, conselheiros e ministros de estado, bispos, magistrados, oficiais de justiça, juizes eclesiásticos, vigários, presidentes e secretários dos governos das Províncias, comandantes das armas e dos corpos de primeira linha.

Não faltaram críticas a esta opção legislativa. Logo a dupla estrutura mostrou-se de difícil administração, numa sociedade que gradualmente se tornava mais complexa. Em 1841, por força da Lei n. 261, de 3 de dezembro, e do Regulamento n. 120, de 31 de janeiro, o Júri acabou sofrendo profundas modificações, tendo sido extinto o Júri de Acusação, passando a sua atribuição, de julgar a admissibilidade da acusação, para as atribuições dos delegados e juizes municipais.

¹⁰⁶ Art. 151 e 152 da Constituição do Império de 25 de março de 1824.

A competência do Tribunal do Júri sofreu um primeiro golpe através do Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850, tendo-lhe sido excluídos os crimes de roubo, os homicídios cometidos nos Municípios de fronteira do Império, o crime de moeda falsa, a resistência a e tirada de presos.

Dada a contundência da reação de notáveis intelectuais brasileiros, a competência do júri foi restabelecida por força da Lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871, cessando a possibilidade das autoridades policiais participarem da formação da culpa, admissibilidade que ficou devolvida aos juízes.

Proclamada a República, importantes alterações se verificaram no seio da sociedade brasileira: a Igreja se desvinculou formalmente do Estado; a industrialização surgiu com força; a mão de obra escrava foi substituída pela mão de obra assalariada; alguma liberdade religiosa foi formalmente prevista; instituiu-se o casamento civil.

Neste contexto, o júri, como não poderia deixar de ser, foi preservado como expressão do poder que emana do povo. Antes mesmo do advento da primeira Constituição republicana, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, criou o Júri Federal. Passaram à competência do Júri Federal todos os crimes sujeitos à jurisdição federal.

A Carta de 1891 manteve expressamente o Júri por força do art. 72, §31, inserindo-o como *garantia* outorgada a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. O Júri passou a integrar os “direitos ou garantias individuais” no Brasil

sob a égide da Constituição Republicana de 1891, que o inseriu na Seção II, do Título IV, que versava a “Declaração de Direitos”. Sucintamente, e com muito esforço, preservou-se a fórmula sintética “*É mantida a instituição do Jury*”. Pesou a intelectualidade liberal nesta opção, que ponderou: “*Coroas, aristocracias, tradições imemoriais, formas venerandas tem caído ao tumulto das revoluções; mas a justiça dos jurados passa ilesa através das catástrofes políticas, como se uma das necessidades irresistíveis da nossa natureza, agulha fiel do declínio das tempestades, não cessasse de lembrar as nações que, perdido este direito, com ele se perderiam todos os outros*” discursou Ruy Barbosa¹⁰⁷.

O mesmo Ruy Barbosa traz a exegese desta “*manutenção*”: “*(...) manter é conservar o que está, em condições que não lhe alterem a identidade. O legislador, nesta parte, não se limita a assegurar a instituição do jury, á similhaça do que faz em relação a outras garantias liberaes: manda respeitá-la na situação em que encontrou. (...) A palavra adoptada neste contexto significa apreço extraordinário, que entre todas ás formas protetoras da liberdade, merecia aos constituintes este tribunal.*”¹⁰⁸

A Lei n. 515, de 3 de novembro de 1898, alterando a competência do Júri Federal, retirou-lhe a possibilidade de apreciação dos crimes de moeda

¹⁰⁷ FRANCO, Ary Azevedo. *O Jury no Estado Novo*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1939, p. 10.

¹⁰⁸ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo, Ed. Saraiva e Cia., 1934, Vol. VI, p. 145.

falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, selos, adesivos, vales postais e outros. Já no século XX, através do Decreto n. 4780, de 27 de dezembro de 1923, restringiu-se ainda mais a competência do Júri, retirando-lhe a competência para julgar os crimes de violação do sigilo de correspondência, desacato e desobediência, testemunho falso, prevaricação, resistência, tirada de preso do poder da justiça federal, falta de exação no cumprimento do dever legal, irregularidade de comportamento, peita, concussão, estelionato, roubo, furto, dano e incêndio, quando “incidirem na competência da Justiça Federal”.

Para além da redução no plano do júri federal, por força da influência do modelo federativo norte-americano, a cada estado competia editar normas processuais, o que gerava embaraços do ponto de vista sistemático, pois, a cargo das legislações estaduais a medida da competência do Tribunal do Júri e também o rito processual, surgia um cipoal de normas sobre o assunto, mais ou menos como se encontra hoje nos estados norte-americanos¹⁰⁹.

Assim, em 1 de dezembro de 1930, o Governo provisório do Estado de São Paulo editou o decreto 4784, reconhecendo a ***“necessidade de uma reforma quasi radical do serviço do Jury na Capital e no interior do Estado, para o melhor funcionamento da instituição”***.¹¹⁰ Ponderou-se então que, entre outros inconvenientes a organização vigente à época *“permitia que se acumulassem centenas de processos de réus presos aguardando julgamento; (...) impunha aos*

¹⁰⁹ FRANCO, Ary. *O Jury e a Constituição de 1946*. Forense, 2ª. Ed. Rio de Janeiro, 1956, P...

¹¹⁰ ASSIS MOURA, Mário. *Reforma da Instituição do Júri no Estado de São Paulo*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e Cia., 1930, p. 3

jurados o martírio de sessões intermináveis; (...) favorecia decisões escandalosas, deixando a sociedade sem defesa contra o crime”. Para tentar que os trabalhos fossem menos estafantes, previu o legislador até mesmo um dispositivo determinando que *“O Presidente do Tribunal impedirá que o acusador ou defensor tratem de materia estranha ao processo ou divaguem, prolongando inutilmente os trabalhos.”*¹¹¹

A Constituição de 16 de julho de 1934 voltou a inserir o Júri no capítulo reservado ao Poder Judiciário. Previa: *“É mantida a instituição do júry, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”*. Note-se que o legislador constituinte continua sem trazer balizas mínimas, o que denota a falta de prestígio da instituição neste momento histórico. Segundo o Ministro Costa Manso, em notícia trazida por Rogério Lauria Tucci¹¹²: *“...nem declarou que o Júri era mantido como existia na época de sua promulgação, nem determinou que fossem guardados taes ou taes elementos característicos. Foi mais longe: confiou ao critério do legislador ordinário não só a “organização” do Júri, senão também a enumeração de suas “atribuições”. Quis a Assembléia Constituinte, sem dúvida, attender à necessidade de uma reforma radical da*

¹¹¹ Art. 27 § 2º. do Decreto Estadual nº 4784, de 1 de dezembro de 1930.

¹¹² Em voto proferido no julgamento da Revisão Criminal 3820, do Estado de São Paulo, realizado em 13.06.1935, e publicado em São Paulo, 1935, na RT, v. 97, p. 244 e segs (e, especialmente, na p. 261), citado in *“Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira”*, TUCCI, R.L., Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p 33.

vetusta instituição, de acordo com os ensinamentos da ciência penal moderna e os imperativos da defesa social contra o delicto”.

A opção por não descrever constitucionalmente os aspectos primordiais do Júri dava fundamento para uma cada vez maior limitação da sua competência e ampliava a possibilidade da revisão de suas decisões pelo mérito.

Na Carta de 1937, de origem ditatorial, omitiu-se qualquer referência ao Júri, o que suscitou dúvidas quanto à sua subsistência. Mas este restou, ainda que tacitamente, preservado. É que o artigo 183 da mesma constituição previa: *“Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que explicita ou implicitamente não contrariem a Constituição”.*

Com a promulgação do Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, regulando a instituição, tornou-se clara a sua permanência no sistema normativo. Sua competência ficou restrita, porém, aos crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou auxílio ao suicídio, duelo com resultado morte ou lesão seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada.

Outro duro golpe sofrido pelo Júri foi a supressão da soberania dos veredictos dos jurados, visto que o art. 92, “b”, daquele Decreto-Lei dispôs expressamente sobre a possibilidade de revisão dos julgamentos pelo mérito, pelo Tribunal de Apelação. Este, apreciando recurso, e reconhecendo *“a injustiça de decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em Plenário”*, tanto podia aplicar a pena justa, quanto absolver o réu, conforme o caso (art. 96).

Polarizaram-se os opositores da Instituição, como José Frederico Marques, reconhecendo na possibilidade de ampla revisão das decisões uma garantia de distribuição da justiça sem os vícios do julgamento popular, muita vez *desprovido de racionalidade e proferido por compadrio ou pressão*, e de outro lado os simpatizantes do Júri, como Pedro Aleixo, que anteviu na supressão da soberania a *“abolição do Júri”*, e J. C. Mendes de Almeida, para quem a possibilidade da revisão importava *“a morte virtual do instituto do Tribunal dos Jurados”*. Duras as palavras de Ricardo Vital Almeida¹¹³, para quem a *“traição cometida em face do júri flagrou o autoritarismo contra a cidadania, de modo vexatório”*, redundando nas mais candentes defesas do Instituto. Mais que um golpe contra o júri, a retirada da soberania importava um atentado contra o povo e sua soberania, próprio de um regime autoritário.

Na Carta de 1946, restabelecida a orientação democrática no país, e ainda sob os influxos do pós-guerra, o Júri recupera a sua dignidade constitucional, desta vez com o status de garantia em face do arbítrio, tal como foi concebido na Carta Magna de 1215.

De fato, reduzir o Júri a mero órgão do Poder judiciário é ignorar todo o construído histórico subjacente à própria consolidação democrática. Inserido dentre os Direitos e Garantias Individuais (Título IV, Capítulo II), sobre o júri dispôs o art. 141, § 28: *“É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja ímpar o número dos seus membros e garantido o*

¹¹³ ALMEIDA, R.V.. *O Júri no Brasil*. Ed. Edijur, Leme, 2005, p. 39.

sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

É possível, portanto, reconhecer cinco aspectos fundamentais que orientaram o legislador de 1946: 1) número ímpar de jurados; 2) sigilo das votações; 3) plenitude de defesa do réu; 4) soberania dos veredictos e 5) competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Conquanto o Código de Processo Penal vigente à época propusesse a recorribilidade ampla das decisões dos jurados, editado que foi sob a inspiração da legislação italiana, o diploma foi objeto de alteração, por força da Lei no. 263, de 23 de fevereiro de 1948, para adaptar-se ao mandamento constitucional. Assim, só se admite recurso pelo mérito, das decisões dos jurados, *quando estas se mostrarem manifestamente contrárias à prova dos autos*. E ao Tribunal de Justiça, nestes casos, só se permite levar o réu a um novo júri. Tudo isto na forma do art. 593, III, d, e parágrafo 3º, do Código de Processo Penal ainda vigente.

A localização na Constituição, como direito e garantia individual¹¹⁴, bem como o caráter definitivo, salvo hipóteses especiais, das suas decisões,

¹¹⁴ “Garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. Nele se contempla a igualdade legal, a consciência, a palavra, o ensino, a associação, o domicílio, a propriedade. Tudo o que essa região toca, se inscreve sob o domínio das garantias constitucionais, no sentido mais ordinários desta locução.” (Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1934, vol. VI, p. 278.)

restituiu ao Júri a sua dignidade essencial como instrumento democrático efetivo de exercício direto da função jurisdicional pela cidadania. Sintetizou-se que não se pode afastar o cidadão da função de julgar, de participar da distribuição da justiça. O Júri é a expressão do poder popular (todo o poder emana do povo), concretizada como garantia do jurisdicionado, mas também como direito e dever do cidadão.

Com o advento do regime militar e a imposição da Carta de 1967, subproduto deste estado de exceção, cuidou-se de manter a instituição do júri, no capítulo que tratava dos “Direitos e Garantias Individuais”, reconhecendo-se expressamente sua soberania, atribuindo-se competência aos crimes dolosos contra a vida: *“São mantidas a instituição e a sua soberania do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”*.

Mal expresso o viés autoritário, logo veio a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, suprimindo-lhe a soberania: *“É mantida a instituição do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”*. Importante consignar não ter sido alterada a legislação infraconstitucional, que previa a cassação dos veredictos como exceção, em face do distanciamento manifesto deles à prova dos autos.

A esta altura, os homicídios praticados por militares contra civis não eram de competência do Tribunal do Júri, por força de ser o homicídio também previsto crimes militares, previsto no Código Penal Militar e sujeitos à justiça militar. Só em 1996, com a alteração do Código Penal Militar, os feitos que

corriam pela justiça castrense vieram ao Tribunal do Júri. Hoje, com a redação dada pela a emenda constitucional 45 ao art. 125 § 4º da Constituição Federal, não há dúvida de que o Júri deve julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis.

Com a redemocratização do país, plasmada na Constituição Federal de 1988, o Júri readquiriu o perfil constitucional que possuía na Constituição de 1946. Colocado no ambiente do Título II, Capítulo, I, art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, assim ficou delineado:

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

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

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

De se notar que dos cinco paradigmas que orientavam o Tribunal do Júri na Constituição de 1946, quatro deles foram formalmente resgatados. O número ímpar de jurados, conquanto não formalmente previsto, já é da tradição da legislação infraconstitucional, recentemente alterada para aumentar, de 21 (vinte e um) para 25 (vinte e cinco) os jurados convocados para a sessão de

juízo, mantendo o número de 7 (sete) para compor o Conselho de Sentença¹¹⁵.

A localização topográfica do Tribunal do Júri, de invulgar destaque no corpo da Constituição, no artigo 5º, para além de fazer avultar a sua importância dentro do Estado Democrático de Direito, como garantia do jurisdicionado, direito e dever do cidadão jurado, importa também a imutabilidade de sua conformação mínima, já que, cláusula pétrea como é não pode sequer ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a aboli-lo, tudo na forma do art. 60 §4º da Constituição, aí subsumida também qualquer proposta que lhe desfigure, retirando os contornos ditados pelo constituinte originário.

O Tribunal do Júri é, portanto, um órgão de assento constitucional, dotado de competência especialmente prevista para o processo e o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, exercendo jurisdição popular, com princípios e regras jurídicas específicas e inerentes às suas peculiaridades, enfim, sujeito a um regime constitucional e infraconstitucional que o distingue sobremaneira dos demais órgãos do Poder Judiciário, conquanto não se negue a evidência de que exerce parcela do poder do Estado, qual seja, a jurisdição.

A legitimidade do exercício desta jurisdição não se encontra no monopólio do poder pelo Estado, mas sim, muito mais diretamente, na própria razão de existir do Estado Democrático de Direito, qual seja o fundamento da

¹¹⁵ Art. 447. 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. Lei 11689/2008.

dignidade da pessoa humana, que impõe a participação popular, ainda que de forma indireta ou representada, em todas as funções estatais relevantes, dado que, na maioria das grandes democracias consolidadas, não há sistema jurisdicional legítimo sem participação popular.

3.5. Os princípios constitucionais do Júri.

Já consignamos a dificuldade conceitual em relação ao termo “*princípios*”. Ao arrolarmos os “*princípios constitucionais do Júri*”, utilizamos a expressão tal como consagrada em doutrina, ou seja, balizas iniciais e fundantes do instituto.

O Tribunal do Júri fixa um aspecto relevante do Estado Democrático de Direito, qual seja, a participação popular na jurisdição, dado que todo o poder emana do povo. O Júri tem feição tríplice, como garantia de juiz natural ao jurisdicionado, mas também como dever e direito do cidadão de compor o Júri e participar da distribuição da justiça.

No seu aspecto mais evidente, encerra o Júri uma garantia fundamental, consagrada constitucionalmente entre os direitos e garantias individuais do cidadão. A Constituição de 1988, visando conferir ao Júri dignidade, estabilidade e efetividade que a importância da participação popular na

jurisdição possui, alinhou o Júri ao lado de princípios¹¹⁶ constitucionais sensíveis e de repressão ao arbítrio do Estado, tais como a *igualdade, legalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal*¹¹⁷ *expressamente previstos constitucionalmente*, formando um corpo de garantia do indivíduo.

Como dito, são quatro os princípios que orientam o Júri: plenitude de defesa; sigilo das votações; soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (art. 5º, XXXVIII, letras a,b,c,d, da CF). Passamos a um lineamento sintético dos três primeiros, pois o quarto diz diretamente com a nossa pesquisa.

3.5.1. A plenitude de defesa

O direito à ampla defesa e ao contraditório encerra, na história dos povos, garantia contra o arbítrio, construído civilizatório ligado aos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência. Assim, forma-se um tripé

¹¹⁶ aqui no sentido de “*mandamentos nucleares do sistema*”.

¹¹⁷ Para o conhecimento do conteúdo de cada um destes princípios sugere-se: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. 1a. Ed.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 6 (igualdade), p. 7/8 (legalidade), p. 25 (presunção de inocência). O princípio do devido processo legal foi assim descrito: “*O devido processo legal, como dito anteriormente, importa num amplo espectro de garantias que dele devem necessariamente decorrer para que se atenda a exigência do Estado Democrático de Direito. O tratamento das partes será sempre paritário, em razão do princípio da isonomia, pois, perante o Estado-jurisdição, não pode haver parte com destaque de importância. Autor e réu têm, enquanto partes, os mesmos direitos e deveres*”, p. 17.

garantista. Se todo o homem é de ser considerado inocente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e todos os réus processados tem direito ao devido processo legal, disto decorre que entre a imputação e a sentença, é de ser dada ampla oportunidade para o acusado refutar o quanto se lhe imputa.

Esta sagrada garantia, grande avanço da Carta Magna de 1215, vem plasmada no art. 11º. da Declaração Universal dos direitos do Homem e do Cidadão e também no art. 8º, 2, letras b,c e f. A ampla defesa apresenta múltiplos aspectos e sinalizamos os mais relevantes, quais sejam: a) ser a culpa provada de acordo com a lei; b) julgamento público; c) comunicação prévia e pormenorizada da acusação; d) concessão de tempo e meios adequados para a preparação da defesa; e) direito ao comparecimento de peritos e testemunhas ao tribunal; f) direito de inquirir testemunhas; g) direito à defesa pessoal, apresentando pessoalmente a tese pessoal do acusado; h) direito à defesa técnica, por profissional habilitado.

Destes derivam inúmeros outros princípios. Do direito à informação quanto ao teor da acusação deflui necessariamente o direito de que esta seja clara, explícita, bem como que o acusado também conheça de quais provas pretende valer-se a acusação¹¹⁸. Na Constituição brasileira, o art. 5º, LV, dispõe “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral

¹¹⁸ MARQUES DA SILVA, M. A.. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. 1ª. Ed.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 18-19.

são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.”

Cumprido consignar que mesmo os que não tenham condições de contratar um advogado não serão privados da ampla defesa, já que a Constituição garante a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos, na forma do art. 5º, LXXIV.

Na instituição do Júri, especialmente preocupado com *status libertatis* do acusado, e com o primado da Justiça, o legislador constituinte foi além e impôs o princípio da ***Plenitude de defesa***. Busca imprimir à defesa, no âmbito do Júri, um caráter de maior efetividade tendo em vista as peculiaridades do julgamento popular, já que os juízes leigos decidem sigilosamente e com base na íntima convicção.

Segundo Guilherme de Souza Nucci¹¹⁹ diante do juiz profissional, a defesa ampla é bastante porque, ainda que a defesa técnica seja eventualmente deficitária ou equivocada, por exemplo, quando invoca uma tese inaplicável ao caso concreto, pode o magistrado, com seu conhecimento técnico, suprir essa anomalia reconhecendo em favor do réu uma outra figura de direito fundamentando sua decisão, o que já não é possível no Júri, visto que os jurados

¹¹⁹ “Os dicionários apontam a diferença existente entre os vocábulos: enquanto *amplo* quer dizer muito grande, vasto, largo, rico, abundante, copioso, enfim, de grande amplitude e sem restrições; *pleno* significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. Ora, *defesa ampla* é uma defesa rica, cheia de oportunidades, sem restrições, enquanto que *defesa plena* é uma defesa absoluta, perfeita, completa.” (NUCCI, G.S.. *Júri: Princípios Constitucionais*. 1ª. Ed. . São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999 p. 140.)

estão, em princípio, submetidos ao dever de responder em sigilo os quesitos da tese proposta pelo defensor, não sendo possível fundamentar a decisão, e, assim, a liberdade do réu poderia ficar comprometida caso não houvesse o princípio da plenitude de defesa.

A bem da verdade, muitas vezes há notícias de julgamentos em que o advogado do acusado não desempenhou a defesa a contento. Lamentavelmente é de se reconhecer certa tolerância da magistratura brasileira, verificável empiricamente, em face de erros de português, erros grosseiros de concordância, articulados por parte de alguns advogados, da extrema dificuldade de verbalizar a tese defensiva, ou mesmo da insuficiência técnica de alguns **imprudentes** que vão ao Plenário, sem ao menos dominar as lições mais mezinhas do direito penal e processual penal, quando não lhes falta, o que por vezes acontece, conhecimento das próprias provas constantes dos autos.

Mauro Viveiros¹²⁰ articula não ser raro que advogados inexperientes ou menos afeitos ao Júri, por mais que se esforcem, acabem colocando em risco a defesa do réu, muitas vezes apresentando teses totalmente inaplicáveis ao caso concreto e contrariando as palavras do próprio acusado. Pondera que a decisão de declarar o réu indefeso pode ser vista como uma medida drástica que pode implicar prejuízo para o próprio réu, deve ser evitada ao máximo, tudo devendo ficar confinado ao bom senso, zona onde confluem o custo e o benefício, a

¹²⁰ VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do Júri na Ordem Constitucional Brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 19.

proporcionalidade e a razoabilidade, pois não se pode olvidar que muitas vezes os jurados, desprezando tudo o que diz a defesa, optam por absolver inteiramente o réu, surpreendendo a todos, talvez porque eles, os jurados, bancários, pequenos comerciantes e empresários, entendam mais do que os juízes togados sobre controle de qualidade.

Reconhecemos a sutileza da questão, mas avultamos a efetividade da atuação do magistrado, como *juiz de garantias*. O juiz deve ser objetivo, não havendo espaço para o acaso, a sorte, ou para um exercício de imaginação de potencial *tolerância ou compensação* dos jurados, tudo em homenagem ao princípio constitucional da Plenitude de Defesa.

Independentemente do conceito que o jurado ao final emitiria da qualidade da defesa técnica, importante é o controle prévio, pelo magistrado, dos seguintes aspectos:

- 1) o advogado domina o vernáculo;
- 2) a defesa expõe as teses pertinentes, mesmo que eventualmente contradizendo “*as palavras do réu*”¹²¹ (por vezes isto é necessário, quando a versão do réu se dissocia francamente da prova, como na hipótese do acusado negar a conduta e tudo evidenciar que foi ele o

¹²¹ O mesmo autor, depois de consignar que muita vez a defesa contraria a palavra do acusado concede: “*É também em função deste princípio constitucional fundamental ao Júri, que se prestigia a autonomia da defesa técnica, que não está adstrita a um rigor lógico na apresentação de teses múltiplas, que não precisam, necessariamente, guardar compatibilidade entre si, v.g., podendo-se alegar negativa de autoria combinada com legítima defesa própria ou homicídio privilegiado etc.*”¹²¹ (VIVEIROS, M.. *Tribunal do Júri na Ordem Constitucional Brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 19.) A autonomia, conforme tranqüilo entendimento jurisprudencial, se presta inclusive para contrariar a tese pessoal do acusado, não estando a defesa técnica a ela adstrita.

autor, não lhe aproveitando de forma alguma a insistência nesta linha de argumentação);

3) o tribuno sustenta as teses defensórias em argumentos fáticos e jurídicos;

4) postula solução mais favorável ao acusado, dentro de um juízo de verossimilhança e razoabilidade.

Estas são balizas mínimas que desrespeitadas devem ensejar a dissolução do Conselho de Sentença por estar o acusado indefeso, sendo temerário expô-lo, nestas circunstâncias, ao veredicto dos jurados.

3.5.2. O sigilo das votações

O sigilo das votações é a garantia da livre manifestação da consciência dos jurados, expressa pelo voto. Ambiciona blindar os jurados de eventuais interferências estranhas aos argumentos expendidos em Plenário de julgamento, aos elementos constantes dos autos, a consciência de cada jurado e os ditames da justiça, que devem balizar qualquer julgamento.

Conquanto todo o processo do júri se desenvolva publicamente, em homenagem ao quanto disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, o momento das votações é reservado e o voto é sigiloso, sem impingir maus tratos ao princípio da publicidade. Juntamente com a incomunicabilidade dos jurados, busca o legislador a garantia de que o jurado estará livre de pressões quaisquer

para votar. Desta forma, é iterativa a jurisprudência dos Tribunais brasileiros no sentido de que o sigilo das votações não viola o princípio da publicidade. Segundo Hermínio Alberto Marques Porto¹²² o sigilo está relacionado com a incomunicabilidade dos jurados sorteados e à votação por cédulas. Relevante é o interesse em resguardar a formação e a exteriorização das decisões.

O sigilo das votações se materializa da seguinte maneira: ao final dos debates o juiz lê os quesitos que serão postos em votação e convida os jurados, juntamente com o Ministério Público, o assistente (se houver) e os advogados a ir à antiga “sala secreta”, hoje “sala especial”. Lá, cada jurado recebe duas cédulas de papel opaco, uma com a palavra “sim” e outra com a palavra “não”. O Juiz então lê novamente o primeiro quesito e explica, sem indicar a resposta, qual a posição de cada uma das partes em relação àquela indagação. Os jurados então são instados a, sem que ninguém possa ver o conteúdo, depositar a cédula que responde, no entender de cada um deles, à pergunta, numa urna que é passada pelo servidor da justiça.

O juiz, recebendo a urna, deposita cada um dos votos sobre a mesa, garantindo então que não se saiba como cada jurado votou. Contam-se os votos, prevalecendo votação majoritária. Depois são recolhidas da mesma maneira, com a passagem da urna, as cédulas não depositadas, garantindo o sigilo da votação.

¹²² MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. *Júri – procedimentos e aspecto do julgamento e questionários*. São Paulo, Saraiva, 11ª Edição 2005, p. 360.

Há hipótese de quebra circunstancial e compulsória do sigilo, qual seja, quando houver unanimidade, pois neste caso é evidente que todos os jurados votaram naquele sentido.

3.5.3. Soberania dos Veredictos

O princípio da soberania dos veredictos, conforme demonstramos, ora esteve expressamente contemplado, ora foi tacitamente respeitado, ora foi expressamente retirado das diferentes Constituições brasileiras ao longo da história. Trata-se do princípio que confere à decisão proferida pelo Conselho de Sentença uma vocação definitiva, imutável, que deriva da impossibilidade de sua alteração substancial pelos tribunais de segundo grau de jurisdição.

Na verdade, o princípio da soberania dos veredictos encontra-se mitigado. Consoante o sistema brasileiro, em face de uma decisão dos jurados que seja manifestamente contrária à prova dos autos, os tribunais podem apenas prover o recurso para impor um novo julgamento pelo Tribunal do Júri, tudo na forma do art. 593, III, letra “d” do Código de Processo Penal, combinado com o parágrafo terceiro do mesmo artigo.

Entende-se constitucional este dispositivo, vez o que o constituinte buscou foi o respeito à decisão dos jurados e não que o júri só pudesse ser realizado uma vez. Portanto, em face de decisão manifestamente contrária a

prova dos autos, submete-se o réu a novo júri, sem afastamento do princípio do Juiz Natural dos crimes dolosos contra a vida, o Júri popular.

Não poderá funcionar no Conselho jurado que já haja participado do primeiro julgamento, nem poderá haver novo recurso de apelação pelo mesmo fundamento.

Questão interessante se coloca quando, já transitada em julgado a decisão do Tribunal do Júri, maneja o condenado revisão criminal e neste contexto o tribunal reconhece que a decisão dos jurados distanciou-se da evidência dos autos. Poderia o Tribunal absolver desde logo, ou aplicar a pena minorada, pelo afastamento de agravante, qualificadora, causa de aumento ou reconhecimento de privilégio, atenuante, matérias sobre as quais os jurados já decidiram? O que prevalece, a soberania dos veredictos ou a possibilidade de ampla cognição ao Tribunal, em face do trânsito em julgado da decisão?

Forte no princípio constitucional da soberania dos veredictos, o Superior Tribunal de Justiça tem permitido que o Tribunal de Justiça, ao conhecer da revisão, *apenas submeta o peticionário a novo julgamento*.¹²³

¹²³ “A meu sentir, seguindo a exegese da melhor doutrina, o reconhecimento pelo Tribunal “*a quo*”, de que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, ainda que em sede revisional, não tem o condão de transferir àquela Corte, a competência meritória constitucionalmente prevista como sendo do Tribunal do Júri. Portanto, entendo que cabe ao Tribunal, mesmo em sede de revisão criminal, somente a determinação de que o paciente seja submetido a novo julgamento.” Min. Jorge Scartezini, QUINTA TURMA, HC 19419 / DF, DJ 18.11.2002, RT vol. 811 p. 557.

3.5.4 Competência para os crimes dolosos contra a vida

A Constituição devolve ao Júri a competência para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Esta competência deriva do quanto disposto no art. 5º. inciso XXXVIII, letra “d” da Carta e abarca também os crimes conexos aos dolosos contra a vida, por força do quanto dispõe o art. 78, I do Código de Processo Penal.

São crimes dolosos contra a vida o homicídio, o infanticídio, o aborto, em suas formas consumadas ou tentadas e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (arts. 121, 122, 123, e 124 a 127 do Código Penal). O latrocínio, tal como é conhecido o crime de roubo com evento morte (157 §3º. do Código Penal) não é crime doloso contra a vida, nem é de ser julgado, normalmente, pelo Júri, na forma da Súmula 603 do Supremo Tribunal Federal. Poderá a vir a ser julgado pelo júri, se conexo a um crime doloso contra a vida.

A competência do Júri é competência material, em razão da matéria. A competência por matéria¹²⁴ é dada pela repartição do poder jurisdicional penal entre os vários órgãos em consideração à natureza ou à gravidade do crime.

- a) Há competência por matéria relacionada à natureza do crime nos casos em que, independentemente da gravidade (representada pela medida da pena), a atribuição do poder jurisdicional vem feita em

¹²⁴ LEONE, G. *Manuale di procedura penale*. Napoli: Jovene, 1960, p. 77; e idem, *Tratado de derecho procesal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963, pp. 342 e 343.

relação ao bem jurídico ofendido ou a uma particular situação do sujeito ativo (critério qualitativo),

b) Há competência por matéria em relação à gravidade do crime nos casos em que a atribuição do poder jurisdicional é feita em contemplação da medida da pena, que é o único índice de gravidade do crime (critério quantitativo)

Pode haver ampliação da competência constitucional do Júri por emenda constitucional¹²⁵, para abarcar também outros crimes, mas jamais poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a reduzir ou eliminar esta competência, dado que pela localização topográfica, esta disposição encerra cláusula pétrea, núcleo constitucional intangível, na forma do art. 60 § 4º. da Constituição Federal.

A opção do legislador por albergar no âmbito da jurisdição popular os crimes dolosos contra a vida justifica-se porque assim se devolve democraticamente ao jurado a decisão sobre uma conduta que vulnerou o valor constitucional maior - a vida humana - de onde surgem todos os demais direitos e a própria dignidade intrínseca ao ser humano.

Logo, não parece uma aproximação temível afirmar que o constituinte devolveu ao júri os crimes dolosos contra a vida para fazer do jurado o co-guardião da dignidade da pessoa humana, no estado democrático de direito. Ao

¹²⁵ Por todos, Marques Porto, Hermínio Alberto. *Júri – procedimentos e aspecto do julgamento e questionários*. São Paulo, Saraiva, 11ª. Edição, p. 363.

fim e ao cabo é o jurado que decidirá quando a vida humana é atacada, sobre a culpabilidade ou não do acusado.

O objeto específico deste trabalho se desenvolve a partir desta relevância evidente do Júri, esta importância que avulta como *juiz natural dos crimes dolosos contra a vida* e a adequação destas premissas ao chamado foro por prerrogativa de função.

Para tanto, cumpre investigar a premissa de que a competência constitucional do júri é decorrência lógica do primado do fundamento da dignidade humana, que orienta todo o sistema constitucional, para discutir então se o foro por prerrogativa de função previsto constitucional pode mesmo ser norma “especial” em detrimento da competência constitucional do Júri.

4 - O FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4.1. Conceito e Importância

O fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal é um *princípio maior, um mandamento nuclear*, dado que orienta e imanta todo o sistema constitucional, dando-lhe consistência filosófica e concretude material. É a partir do entendimento deste fundamento

que pretendemos abordar a questão da competência do Tribunal do Júri, na hipótese do imputado ser detentor de foro por prerrogativa de função.

As bases filosóficas do conceito de dignidade da pessoa humana remontam ao momento em que o homem se apercebeu como ser pensante, diferenciado, portanto dos demais seres viventes. Esta capacidade de autoconhecimento, reflexão e distinção já é por si só uma dignidade diferenciada, porque faculta ao homem influir no próprio destino, sentir compaixão e querer o bem do próximo, verbalizando os seus sentimentos e emoções através das palavras, que são um construído semântico próprio de cada indivíduo.

A capacidade de amar e ter compaixão faz com que muitas civilizações reconheçam no ser humano, a própria imagem e semelhança de **DEUS**, portanto os seres viventes mais próximos da perfeição. Na verdade, na história das civilizações o homem quase sempre pretendeu, pela elevação do seu espírito, esta aproximação ao divino, o imaterial, a plenitude e a paz.

A idéia de uma dignidade intrínseca a todo ser humano atingiu sua máxima expressão nas palavras de JESUS CRISTO, expondo serem todos os homens filhos do mesmo DEUS e feitos à SUA IMAGEM E SEMELHANÇA.

Na segunda metade do século XV, Giovanni Pico Della Mirandola¹²⁶, no seu discurso sobre a dignidade do homem, desenvolveu ideais antropocêntricos afirmando a existência do livre arbítrio e apontando a sua importância. Muitos

¹²⁶ *Discurso sobre a dignidade do Homem*, Edições 70, Lisboa, 2006.

séculos depois a idéia de livre arbítrio ainda suscitava controvérsias, tendo Cesare Lombroso¹²⁷ enunciado o reconhecimento do “*criminoso nato*”, indivíduo incapaz de se autodeterminar.

Immanuel Kant fixou que o homem não pode ser meio ou via para qualquer objetivo, vez que possui uma dignidade atávica, que deriva da sua própria condição de ser humano. O ser humano existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se ao seu talante. Enunciou que pelo conteúdo moral da razão humana o homem possui, em todos os casos, plena competência para distinguir o que é bom e o que é mau, o que é conforme e o que é contrário ao dever¹²⁸.

O conceito de dignidade da pessoa humana prosperou no ambiente da ciência do direito, dado o ideário de igualdade que norteou os movimentos constitucionalistas e a própria revolução francesa. Por possuírem liberdade, que lhes é inata, os seres humanos são iguais em dignidade.

Aliás, não é o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e dignidade humana, conforme Jorge Miranda¹²⁹. A *dignidade da pessoa humana* dirige-se ao homem concreto e individual. A *dignidade humana* dirige-se à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens, ou como conjunto que

¹²⁷ *O Homem Delinqüente*, São Paulo: Editora Ícone 1ª edição, 2007.

¹²⁸ Kant, I.. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

¹²⁹ Miranda, J.. “*A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana*”. São Paulo: *Revista de Direito Constitucional Internacional*, v. 45, p. 84, nota 11, outubro/dezembro de 2003.

os engloba e ultrapassa. Desta forma, em sendo fundamento da República a *dignidade da pessoa humana*, a Constituição Federal brasileira, tal como o faz a Constituição portuguesa, afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou autoritária que permitisse o sacrifício de direitos ou até da personalidade individual em nome de interesses coletivos.

O princípio da dignidade da pessoa humana mostra o seu aspecto concreto na igualdade substancial, na legalidade, no banimento das penas cruéis, desumanas ou degradantes, na limitação da exploração do homem pelo homem com os fundamentos dos direitos sociais, e mais inúmeros outros tópicos.

Marco Antônio Marques da Silva anota que a dignidade da pessoa humana significa “*o reconhecimento constitucional dos limites da esfera da intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o real alcance destes direitos*”.¹³⁰

Assim, o fundamento da dignidade da pessoa humana dá concreção ao próprio sistema constitucional, pois vincula o Estado e todos os indivíduos ao respeito a um núcleo de direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de

¹³⁰ MARQUES DA SILVA, M.A.. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. 1a. Ed.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 5.

valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional.¹³¹

4.2 Direitos fundamentais e direitos humanos.

Quando os ideais revolucionários, de liberdade, igualdade e fraternidade prevaleceram emergiu a necessidade de sua efetiva implementação. Primeiro figuraram nas Declarações de Direitos (como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, marco histórico da formalização jurídica da dignidade da pessoa humana) e depois nas Constituições. Já inspirava a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, proclamada em 4 de julho de 1776, forte no ideal de igualdade e dignidade do ser humano, que a orientava: “*Nós temos por evidentes em si mesmas as verdades seguintes: todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade*”.

O “*constitucionalismo*” foi um movimento de origem liberal que pregava que os Estados deveriam se constituir através de Constituições escritas, nas quais ficasse demarcado o limite de atuação do Poder, a sua estrutura, a proteção conveniente aos direitos dos cidadãos em face do Poder Político, a distinção entre os poderes, a teoria da divisão de poderes e a proteção a certos direitos que

¹³¹ Piovesan, F.. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, São Paulo: Editora Max Limonad, 1996, p. 59.

eram num certo sentido, *preconstitucionais*, os **direitos humanos**¹³². Até esta altura, os direitos humanos, oponíveis pelo cidadão ao Estado e aos demais cidadãos, albergavam os direitos civis e políticos, e também, gradualmente, os direitos sociais.

Com o advento da segunda guerra mundial, e do holocausto, o mundo volta as suas atenções para este núcleo essencial, inerente a todo ser humano. Contrariando os postulados da dignidade da pessoa humana, os *campos de concentração nazistas*, antes de figurarem instituições penais ou campos de extermínio, se constituíram em grandes máquinas de despersonalização do seres humanos¹³³. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, pretendendo que isto nunca mais se repetisse, reconhece uma dignidade intrínseca a todo ser humano e direito de caráter universal.

Encontra-se, antes da Declaração Universal, uma *universalidade abstrata* dos direitos fundamentais, pois eram reconhecidos a todos os homens e situados numa dimensão pré-estatal, integrando-se ao direito interno apenas mediante o seu reconhecimento na ordem interna de determinado Estado. A partir da Declaração Universal da ONU constata-se a existência de uma nova fase, não apenas *concreta*, mas de *universalidade abstrata e concreta*. Positiva-

¹³² FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Constituinte: assembléia, processo e poder*. 2ª. Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, pp. 47-48.

¹³³ COMPARATO, F. K.. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3ª. Edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 23.

se assim no direito internacional os direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos.¹³⁴

Esta “*universalidade abstrata e concreta*” significa um salto na proteção jurídica do Homem, vez que a dignidade e o direito concerne ao homem enquanto espécie, e não mais apenas ao cidadão, oponível contra o Estado. Direitos humanos são por isto mesmo os direitos do Homem enquanto membro do gênero humano, direitos que visam resguardar os valores mais caros ao ser humano, entre eles a vida, a liberdade, a dignidade e a integridade física e moral.

Por outro prisma¹³⁵, “*direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.*”

Para José Joaquim Gomes Canotilho¹³⁶ as expressões “*direitos do homem*” e “*direitos fundamentais*” comumente são utilizadas como sinônimos, mas segundo a origem e significado podem ser distinguidas. Direitos do homem

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. 8ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 66-67.

¹³⁵ ALMEIDA, F.B. “*Teoria Geral dos Direitos Humanos*”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 24.

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 4ª. Ed., Coimbra: Ed. Almedina 2000, p. 387.

são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; já os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.

Os direitos do homem partiriam da própria natureza humana, e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa determinada ordem jurídica concretizada.

A dignidade da pessoa humana funciona como o esboço ético basilar para a estrutura dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, pois é esta dignidade que os fundamenta e legitima. Implica liberdade, igualdade e justiça, constituindo o fundamento da organização social contemporânea¹³⁷.

Por isto, e corretamente, o legislador constituinte de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, pois este mesmo Estado só pode visar garantir a consecução desta dignidade, que é prévia ao próprio ordenamento jurídico e do qual este retira o seu esteio fundamental de validade. N'outro aspecto, só terá legitimidade o exercício democrático do poder, informado pela dignidade da pessoa humana, que vise outorgar ao ser humano o atingir da sua máxima potencialidade, seja no que toca a sua liberdade, felicidade, saúde física, mental e espiritual.

Não se pode conceber a interpretação ou aplicação de uma norma jurídica constitucional ou infraconstitucional que contrarie a dignidade da pessoa humana. Deflui que o reconhecimento da existência de direitos humanos

¹³⁷ Marques da Silva, M. A. *Cidadania e Democracia: Instrumentos para efetivação da dignidade humana*. In. *Tratado luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 235.

ou direitos fundamentais, e também a sua implementação é uma opção legislativa fundamental do legislador constituinte, tanto que arvorou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático.

O plano de efetivação máxima da dignidade da pessoa humana passa pelo reconhecimento, garantia e efetividade dos direitos humanos. Não compõe, e faz tábua rasa do fundamento da dignidade da pessoa humana, por exemplo, em fato notório e amplamente noticiado, a detenção de uma menina de 15 anos de idade, no Estado do Pará, posta juntamente à população carcerária masculina adulta, no cárcere, circunstância que a expôs aos mais variegados abusos e constrangimentos.

Para bem entender o novo conteúdo dos direitos humanos impõe-se um diálogo *multicultural*, em face da autodeterminação dos povos. A dicotomia universalismo e relativismo cultural, tal como expõe Boaventura Souza Santos¹³⁸, precisa ser finalmente superada, buscando a máxima efetividade da dignidade da pessoa humana.

Em uma concepção de teoria política contra-hegemônica dos direitos humanos, que respeite a autodeterminação dos povos, fixam-se as seguintes premissas: a) superação do debate universalismo e relativismo cultural; b) necessidade de identificação de preocupações isomórficas entre diferentes culturas; c) constatação de que todas as culturas são incompletas na sua concepção de dignidade da pessoa humana; d) nenhuma cultura é monolítica, e,

¹³⁸ SANTOS, B.S.. *A Gramática do Tempo – para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 445-446.

e) todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica, devendo sempre almejar a isonomia e o reconhecimento igualitário da diferença, como expressão da própria natureza humana.

O diálogo cultural mostra-se fundamental, pois somente com o conhecimento do outro é que se pode buscar o valor máximo comum de efetivação do fundamento da dignidade da pessoa humana. O direito a ser diferente integra o direito a um ambiente de igualdade, até para que se respeite a diferença, maximizando a potencialidade humana.

De fato, por menor que seja o índice de desenvolvimento humano do grupo social não compõe com a dignidade da pessoa humana uma interferência externa violenta que promova igualações arbitrárias entre os seus componentes.

Na ótica de José Joaquim Gomes Canotilho¹³⁹ o objetivo é a *igualdade social*, concebida como a afirmação da integridade física e espiritual do homem; a garantia de sua identidade e integridade, através do livre desenvolvimento de sua personalidade; a libertação da angústia, pela via da possibilidade de vida social; garantia da defesa da autonomia individual e a igualdade dos cidadãos, por força da mesma dignidade social e tratamento normativo. Por isto, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana constituem, para além da sua função limitativa do Poder, vínculos substanciais que condicionam a

¹³⁹ CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 4ª. Ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2000, p. 248.

validade das normas produzidas no âmbito estatal, norteando os fins últimos do Estado constitucional de direito.

Os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo e impõe o reconhecimento da igualdade (perante a lei e de oportunidades).

4.3. Dignidade da Pessoa Humana e Juiz Natural

A dignidade da pessoa humana se materializa eficazmente também pela garantia do juiz natural. No caso de crime doloso contra a vida, por força do mandamento constitucional, o juiz natural é o júri popular, órgão estabelecido na Constituição Federal e posto topograficamente fora da estrutura do Poder Judiciário. Mas não é só: a dignidade da pessoa humana também se materializa na possibilidade de exercer a jurisdição, na condição de jurado, conhecendo do fato criminoso e decidindo pela culpabilidade ou não do réu. Materializa-se na participação popular na jurisdição, uma das principais garantias do exercício democrático do poder jurisdicional.

No júri, o jurado *fiscaliza*, quanto aos crimes que mais gravemente tocam bens jurídicos fundamentais, o próprio exercício da atividade policial, na apuração do crime, a atuação do Ministério Público, no ajuizamento da ação penal e na atividade probatória e acusatória, o trabalho da defesa, fiscalizando a

garantia de uma defesa plena ao acusado e a também fiscaliza a exata atuação da magistratura, na condução do processo. Este é o elemento político da participação popular na justiça, que dá concreção ao postulado de que todo o poder emana do povo.

4.4. A Igualdade como Corolário da Dignidade da Pessoa Humana

A idéia de igualdade se relaciona diretamente a um objetivo de justiça. É um construído cultural, dado que da observação empírica dos seres humanos e da vida, conquanto se reconheça um núcleo essencial comum a todos os homens, não se reconhece nenhuma igualdade efetiva. Não há ser humano, assim como não há na natureza, um indivíduo idêntico, igual ao outro. Até mesmo os “*clones*”, com idêntica programação genética, submetidos que sejam a influxos um pouco diversos, desenvolver-se-ão de forma diversa em algum aspecto. A igualdade é um construído cultural.

No Brasil a Constituição do Império de 1824 previa no seu art. 174 que “*a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*”. A relatividade desta igualdade, meramente formal, podia ser observada no direito ao voto, só deferido a quem tivesse renda líquida superior a 200 mil réis.

A Constituição de 1891 também contemplava uma igualdade meramente formal, mas evoluiu com a consagração do sufrágio universal. A Carta de 1934 buscou instituir as balizas de uma igualdade social e econômica. O art. 115 estabelecia que *“a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos uma existência digna. Dentro destes limites é garantida a liberdade econômica.”*

Na Constituição Federal de 1988, a igualdade ganha contornos mais efetivos e menos abstratos.

A Constituição Federal dispõe:

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

A assertiva *“todos são iguais perante a lei”* encerra *isonomia formal*, positivada nos primeiros textos do constitucionalismo. Por este prisma, a aplicação de uma mesma lei não pode ser diferenciada para pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica, sem que haja fundamento legal para tanto. Não se confunde a *isonomia formal* com a *igualdade material ou substancial*, entendida como o tratamento uniforme de todos os homens e a sua equiparação no que se refere à concessão de oportunidades.

A igualdade formal consiste no direito de todo o cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional. É a igualdade perante a lei. A igualdade material ou substancial impõe o tratamento uniforme de todos os homens, uma igualdade no acesso aos bens da vida.

A igualdade pode ser tomada num sentido negativo, como direito de não ser discriminado ilegalmente, mas também o direito de não ser discriminado sem fundamento constitucional válido. Num sentido positivo é também um direito ao máximo de condições e oportunidades e de participação nos benefícios, cujo conteúdo é o dever de agir de modo a viabilizá-los.

A idéia de igualdade norteou Platão e se relacionava com a idéia de justiça, compromisso do cidadão com o Estado, de devotar todas as suas aptidões à comunidade. Cuidou Aristóteles também da igualdade e da justiça, propondo-a como elemento do ato moral ou da virtude. A idéia de igualdade seria um elemento constitutivo do ato moral em geral, da virtude. Como a justiça é a virtude, o ato justo revela a igualdade. Concebeu o princípio de justiça distributiva, como o meio termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é o meio termo, o justo é o proporcional¹⁴⁰.

A justiça distributiva é o critério formal de tratamento igualitário, pelo qual, no ambiente da justiça particular - que não se confunde com a justiça universal, esta entendida como *excelência moral* - cada um deva ser aquinhado

¹⁴⁰ Aristóteles, *Ética a Nicômanos*. 2ª. Ed., Brasília, Epub, 1992, p. 96.

proporcionalmente. A idéia de igualdade como proporcionalidade encontrou amparo no pensamento de Cícero, que concebeu a igualdade como equilíbrio entre os poderes tradicionais, *magistratus, populus e senatus*.

Cumprido consignar que antes do advento do Cristianismo não se pode considerar a idéia de igualdade senão como um valor teórico, que dizia respeito à parcela livre da população. A igualdade não apresenta qualquer efetividade, ao se admitir a existência de dois tipos de ser humano, os livres e os escravos. E a divisão dos homens nestas classes foi admitida tanto por Aristóteles como por Cícero.

Neste contexto, na concreção da idéia de igualdade, o cristianismo representou um giro copernicano. O dogma de que o homem é gerado à imagem e semelhança de Deus e por isto mesmo a criatura mais importante e o dogma de que todos os homens porque filhos do mesmo Deus único são entre si todos iguais e irmãos contribuíram fortemente para fixar a premissa de igualdade na dignidade do ser humano.

De acordo com Santo Agostinho apenas no ambiente da Cidade de Deus, aonde se submete as leis do Criador, encontrando a paz eterna. Na Cidade dos Homens, ao contrário, a igualdade é uma busca constante e a paz é temporária. Só pela caridade e pela observância estrita aos princípios da lei divina o homem pode se aproximar da justiça no mundo. O mote “dar a cada um o que é seu” não responde objetivamente à pergunta: mas afinal o que é de cada um? Quem diz o que é de cada um?

O postulado da igualdade absoluta passa por um olhar não acurado do ser humano. Bem observado, o ser humano olha o outro e tem capacidade de enxergar as suas potencialidades. Isto permitiu que aqueles com maiores potencialidades físicas, estéticas, intelectuais, artísticas, v.g., respondessem à pergunta acima exigindo mais para si, em detrimento dos demais, mesmo sob o império do cristianismo. A igreja, em algum momento, arvorou-se de mais poder por sua interlocução direta com Deus e o rei fundou o seu poder no Criador, protegendo aqueles que lhe são próximos.

No âmbito da Revolução Francesa, o fim último da consagração do princípio da igualdade era a extinção dos privilégios da aristocracia. Da igualdade perante a lei, derivaram outros princípios igualitários, tal como a igualdade perante a justiça, abolindo-se os tribunais de exceção.

Ensina Marco Antônio Marques da Silva um ordenamento jurídico democrático é primado da igualdade, um princípio norteador à elaboração do sistema de normas de uma sociedade justa, igualando e diferenciando os indivíduos de acordo com as suas diversidades, que devem ser aceitas e respeitadas¹⁴¹.

Até pela natureza desigual dos indivíduos, a igualdade não pode ser absoluta, dado que os homens, organizados no meio social, têm diferença de força, influência, capacidade de articulação e porque o próprio meio social é organizado em estamentos, havendo ainda hoje importante constatação da

¹⁴¹ MARQUES DA SILVA, M. A. *Cidadania e Democracia: Instrumentos para efetivação da dignidade humana*. In. *Tratado luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 235.

diferença entre homens livres e escravos. A igualdade possível parece ser aquela dentro do estamento, tratando igualmente os iguais, o que para os demais, certamente configura um privilégio da classe.

Mesmo os regimes socialistas que pretenderam impor a igualdade de todos sob o Estado conviveram com a desigualdade dados os privilégios que obtinham alguns membros graduados do governo ou do partido e as perseguições que se efetivavam em face daqueles que dissentiam.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 reza que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Este princípio, como todos os demais, retira seu fundamento ético da dignidade da pessoa humana e deve ter máxima efetividade constitucional.

Para o perfeito entendimento do conflito aparente de normas constitucionais que se pretende enfrentar, qual seja distinguirmos o juiz natural do acusado a quem se imputa crime doloso contra a vida, mas que seja detentor de foro por prerrogativa de função, cumpre fixar as balizas do princípio da igualdade, tal como propõe o moderno pensamento filosófico.

Neste contexto, pode a própria lei magna desigualar? Claro, pois como explica Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴² “*as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes*”.

¹⁴² BANDEIRA DE MELLO, C.A.. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.12 e p. 47-48.

Pontes de Miranda já ponderava que o conceito de igualdade é sempre relativo¹⁴³. Luís Roberto Barroso¹⁴⁴ observa que o princípio da isonomia, dado que a igualdade total é uma quimera, impede que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias, aleatórias ou mal inspiradas. Será, entretanto, legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório logicamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional.

Pode haver tratamento desigual para situações distintas, mas não por força do indivíduo em si considerado. A discriminação será inaceitável, segundo o mesmo autor, se singularizar um destinatário; se o critério discriminador não residir nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas; se o fator de *discrímen* adotado não guardar pertinência lógica com a discriminação; se o *discrímen* não for consoante os interesses constitucionalmente prestigiados; se a exegese da norma ensejar desequiparações veladas ou não assumidas, ainda que implicitamente.

Quando o mesmo legislador constituinte estabelece que todos são iguais perante a lei, mas coloca um órgão judiciário mais graduado como competente para a hipótese de que o indigitado autor do fato ocupe determinados cargos, de maior relevo, não se considera esteja cometendo alguma grande contradição,

¹⁴³ MIRANDA, P.. *Comentários à Constituição de 1967*, 3ª. ed, 1987, Rio de Janeiro, Forense, tomo IV, p. 667.

¹⁴⁴ BARROSO, L.R.. *A igualdade perante a lei. Algumas reflexões*, in *Temas atuais de Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Uerj, p. 94.

pois não está desigualando pessoas, mas situações. Neste diapasão, o consenso plasmado na Constituição preocupa-se com a possibilidade de que uma alta autoridade da República possa ser processada por um juiz de 1º Instância, o que não seria conveniente ao próprio estado brasileiro, pela vulnerabilidade que isto geraria ao detentor daquele cargo.

Mesmo este consenso, quanto à existência de desigualação entre cidadão comum e detentor de determinado cargo ou mandato sujeito a foro por prerrogativa de função parece não encontrar fundamento válido e deve merecer revisão.

De fato, se o detentor de cargo ou mandato importante do ponto de vista republicano fosse processado em 1º. Grau, nenhum inconveniente ao interesse público primário adviria. Na verdade, competente seria só o juiz que as normas abstratamente postas impusessem, o que impediria perseguições. Em face das decisões deste juiz, o acusado poderia valer-se do sistema recursal e do duplo grau de jurisdição. O juiz é dotado de garantias constitucionais capazes de blindá-lo de ameaças, tais como a inamovibilidade, e a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliceidade.

Ademais, juízes e membros do ministério público que atuam em 1º grau de jurisdição estão igualmente sujeitos à responsabilidade civil, penal e administrativa, se por acaso agirem de forma ilegal, de forma que conquanto se reconheça a validade da opção constitucional pela existência do foro por

prerrogativa de função, não se compreende num Estado que se pretenda igualitário, a presença tão ampla deste instituto como no Brasil.

5. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

5.1. Conceito e Contextualização Histórica

A desigualação dos homens em face do Poder é conhecida das mais antigas civilizações. Para John Locke¹⁴⁵ os homens só são livres e iguais no estado de natureza, pois o estado civil é um artifício cujo objetivo fundamental é tão somente permitir a expressão desta igualdade natural. Jean Jacques Rousseau¹⁴⁶, em seu discurso sobre a origem da desigualdade dos homens, constata: *“um homem era eminente em poder, em virtude, em riqueza, em crédito; só ele foi eleito magistrado, e o Estado se torna monárquico. Se muitos, mais ou menos iguais entre si, superavam todos os outros, eram eleitos conjuntamente, e se teve uma aristocracia. Aqueles cuja fortuna ou talentos eram menos desproporcionados, e que menos se tinham afastado do estado de natureza, guardaram em comum a administração suprema, e formaram uma democracia.”*

¹⁴⁵ LOCKE, J.. *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o Governo*. São Paulo: Nova cultural, 1991, p. 217.

¹⁴⁶ ROSSEAU, J.J. *Discurso sobre o fundamento da desigualdade dos homens*. São Paulo: Nova cultural, 1991, p. 260.

Na democracia ateniense já se constatava os contemplados pelos benefícios de votar e exercer a jurisdição e aqueles à margem deste sistema, como as mulheres e os escravos. A antiga Roma conheceu o *privilegium*, a *ius singulare*, na definição de **Paulo**, entendido como “*quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* (D. 1, 3, 16): ou seja, o que foi introduzido em virtude de alguma utilidade, contra o teor racional do princípio. O termo *privilegium* é uma contração de *lex in privos lata*; vale dizer, uma norma para casos particulares.

Na idade média o soberano extraía o fundamento do seu poder de Deus e a Igreja afirmava-se por veicular uma aproximação com Deus e deveria ser tratada de forma diferenciada. No âmbito do Estado soberano, James Marshall¹⁴⁷ critica os ideólogos do poder supremo do rei, afirmando que os escritores e juristas que o sustentaram filosoficamente eram “*sapadores*” dos governantes que serviam.

A base para o supremo arbítrio “*L’État c’est moi*” se fundava na distinção entre soberano e súdito. Desta forma, a proximidade ao Poder sempre garantiu privilégios. A revolução francesa, com seus ideais igualitários, pretendeu aniquilar toda a espécie de privilégio. Os ideais iluministas democratizaram o exercício do Poder e fundaram a premissa da igualdade. Como entender então, em pleno século XXI, que ainda subsista a idéia de que

¹⁴⁷ MARSHALL, J.. *Espadas e Símbolos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 12.

determinadas pessoas, apenas pelos cargos que ocupam, tenham direito de ser julgadas numa jurisdição mais graduada?

5.2. Foro por Prerrogativa de Função no Brasil

No Brasil Colônia o Poder Judiciário foi sendo organizado gradualmente, pois na verdade, os detentores das capitâneas hereditárias traziam na sua posse o título de capitão-mor, com jurisdição e alçada tanto no cível quanto no crime.¹⁴⁸ O capitão-mor tinha *“plena jurisdição no cível. Nomeava o ouvidor e todos os funcionários do foro. Criava freguesias, vilas; ouvidorias e os ofícios necessários.(...) No crime, o capitão e seu ouvidor têm jurisdição conjunta, com alçada até a pena de morte inclusive quanto a escravos, peões e homens livres comuns. Quanto a pessoas de ‘mor qualidade’ porém (fidalgos, juizes, clérigos, altos funcionários, etc...) a alçada vai até dez anos de degredo e cem cruzados de multa (salvo nos crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa, nos quais a alçada se estende até a pena de morte inclusive, qualquer que seja a qualidade do réu).”*

Desde a colonização, portanto, as pessoas de *“mor qualidade”* tem tratamento desigualmente favorável em relação ao judiciário. Trata-se, pode parecer um preciosismo, não propriamente de uma vantagem dirigida a uma

¹⁴⁸ ROCHA POMBO, *História do Brasil*. São Paulo, Melhoramentos, 13^a. Ed. 1966, p. 51 e p. 60-61.

pessoa, mas de uma desigualação que contempla os aproximados do Poder¹⁴⁹. A sutileza não escapou ao Marquês de São Vicente, para quem já no Império não havia privilégios pessoais de foro, mas sim alguns privilégios reais, isto é, ligados aos cargos e serviço público, ou alto interesse social.

Na Constituição de 1824 havia o Supremo Tribunal de Justiça com atribuição para julgar os “*delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias*”, na forma do art. 163 e 164, II.

Consigna Hélio Tornaghi¹⁵⁰, que a Constituição Republicana de 1891, no § 2º do art. 72, aboliu os privilégios de nascimento, os foros de nobreza, ordens honoríficas. Mas isto não obistou a criação do foro por prerrogativa de função, ao Presidente, ministros de Estado e ministros diplomáticos:

"Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originária e privativamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;

b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade; "

¹⁴⁹ Há duas sortes de privilégios: os negativos, que privam alguém do gozo de um direito comum, e os positivos, que os romanos designavam pelo termo, de resto ambíguo, “*beneficium*”. O privilégio de foro do direito moderno é, tipicamente, de caráter positivo ou benéfico para o seu titular, e se estabelece, como acima ficou dito, quer em razão da pessoa, quer em razão de função ou do cargo público exercido. (COMPARATO, F.K. Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau. Boletim dos Procuradores da República, ano 1, nº 9, jan. 99.)

¹⁵⁰ TORNAGHI, H.. *Curso de processo penal*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. I, p. 131.

Também previu a jurisdição política do Senado, na hipótese de crime de responsabilidade do presidente da República, com admissibilidade da acusação por parte da Câmara dos deputados:

“Art 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.”

A constituição de 1937, de viés autoritário, também previu a criminalidade de responsabilidade do presidente da república, passível de ser submetido a julgamento perante o Conselho Federal, com prévia admissibilidade da Câmara dos Deputados:

“Art 86 - O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.”

O mesmo Conselho tinha atribuição para julgar os crimes de responsabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal: *“Art 100 - Nos crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão processados e julgados pelo Conselho Federal”*.

Ampliando as hipóteses de foro por prerrogativa de função, a Carta de 1937 estabeleceu competir ao Supremo Tribunal Federal *“processar e julgar originariamente: a) os Ministros do Supremo Tribunal; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais de Apelação*

dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100.

A Constituição Federal de 1946 estabeleceu o processo e julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade do presidente da República no seu art. 88: “O Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade.” Os Ministros do Supremo Tribunal Federal seriam, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal. Os Ministros de Estado seriam, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste.

Quanto ao foro por prerrogativa de função, na criminalidade comum, a bem da verdade, a Constituição de 1946 inovou a Carta de 1937, quanto à competência originária do Supremo Tribunal Federal, ampliando as hipóteses de foro por prerrogativa de função:

“Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns;

b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;

c) os Ministros de Estado, os Juizes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92”

Ademais estabelecia a Constituição Federal de 1946, competência privativa do Tribunal de Justiça processar e julgar os Juizes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

A carta de 1967 – que é produto de regime de exceção - previu originalmente a competência do Senado da República nos crimes de responsabilidade das mais altas autoridades:

Art. 44 - Compete privativamente ao Senado Federal:

I - julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, havendo conexão;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade. (...)

Rezava o art. 85 que o Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados declarasse procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus

membros, seria submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, ou, perante o Senado Federal, nos de responsabilidade.

Competia a Corte Suprema processar e julgar originariamente nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República e nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, salvo os conexos com os do Presidente da República, os Juizes Federais, os Juizes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente.

Observa-se que aos parlamentares ainda não é consagrado foro por prerrogativa de função. Consigna-se também que, por força de redação dada pelo ato institucional no. 6, os ministros do Supremo Tribunal Federal seriam, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal. O antigo Tribunal Federal de Recursos ainda não ostenta competência por prerrogativa de função e aos Tribunais de Justiça competia privativamente processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratasse de crimes eleitorais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 parece não haver no mundo um ordenamento tão pródigo quanto o brasileiro na outorga de prerrogativa de foro. Só na Constituição Federal podemos citar como exemplos os arts. 102, I, “b” e “c”; o art. 105, I, “a”; o art. 109, I, “a”; ao art. 96, III; o art. 27, § 1º. e também, o art. 29, X, isto sem considerar a jurisdição política dos crimes de responsabilidade, que também tem natureza idêntica, qual seja, trata-se de foro derivado da função e também da matéria. Além disto, é consolidada a jurisprudência de que tanto a lei processual federal, quanto constituições estaduais e a Lei orgânica da Justiça Eleitoral *podem criar outras hipóteses, de cujo âmbito se tem ressalvado apenas a competência do Júri.*¹⁵¹

No direito comparado colhemos o exemplo de Portugal, pela colonização e proximidade cultural, o que redundou em sistema parecido com o nosso só que em ambiente infraconstitucional e bem menos generoso em quantidade de contemplados. O Código de Processo Penal português¹⁵² dispõe competir ao pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal, julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembléia da República e o Primeiro-Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções. Compete às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal julgar processos por crimes cometidos por juízes do Supremo

¹⁵¹ Voto vista do ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, proferido na QCr 427 (QO) do C. STF.

¹⁵² Art. 11º., 2, alínea “a”, e, 3, alínea “a” do CPP Português.

Tribunal de Justiça e das relações e magistrados do Ministério Público que exerçam funções junto destes tribunais, ou equiparados. Compete ao plenário das relações, em matéria penal, julgar processos por crimes cometidos por juízes de direito, procuradores da República e *procuradores-adjuntos*.

Como se observa, em Portugal, o número de contemplados é infinitamente menor. A opção político legislativa do constituinte brasileiro, somada a exegese que o Supremo tribunal Federal faz da Constituição, permitindo a criação de novas hipóteses por outros instrumentos legislativos (Constituições Estaduais e Leis) é objeto de dura crítica¹⁵³, mas trata-se de opção que só fez ganhar musculatura na história constitucional brasileira, plasmando um sistema que efetivamente não consegue (ou não quer) punir os detentores de cargo ou mandato, em inúmeros casos de crimes graves que são tocados, lamentavelmente, pelo arquivamento ou pela prescrição.

5.3. Foro Privilegiado, Foro por Prerrogativa de Função e Tribunal de Exceção.

Carlos Maximiliano explica que *“não se confundem o juízo privilegiado, nem os de exceção, com os especiais, instituídos para o processo e julgamento de certas autoridades, indivíduos pertencentes a classes especificadas ou*

¹⁵³ “A l’époque ou cette règle, étant attributive de juridiction à la Cour d’appel, conférait un privilège, les complices du titulaire de ce privilège en bénéficiaient ainsi que lui. C’était une source d’abus.” (Donnedieu de Vabres. *Traité de droit Criminel et de Législation Pénale Comparée*, 3^a ed., Paris, 1947, pág. 682.)

determinadas categorias de atos ou fatos”¹⁵⁴. Sobre a Constituição de 1946, Pontes de Miranda ensina: “O § 26 (do art. 141) lê-se como se dissesse: Não haverá outros foros privilegiados que os instruídos pela constituição”.¹⁵⁵ Alcalá-Zamora ¹⁵⁶ produz libelo a favor dos foros por prerrogativa de função, cuja citação algo longa se justifica pela consistência do texto, aqui em tradução livre do autor :

“(...) quando essas leis ou esses julgamentos se instauram não em atenção da pessoa em si, senão do cargo ou da função que desempenha, podem satisfazer a uma dupla finalidade de justiça: por os acusados amparados pelo privilégio cobertos de perseguições deduzidas a ligeira ou impulsionadas por móveis bastardos, e, a par disso, cercar de especiais garantias seu julgamento, para protegê-los contra as pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos judiciais. Não se trata, pois, de um privilégio odioso, senão de uma elementar precaução para amparar de um tempo o jurisdicionado e a justiça: se em mãos de qualquer estivesse levar as mais altas magistraturas, sem limite algum, ante os degraus inferiores da organização judicial, colocando-as, a qualquer momento, em uma situação depreciada e difícil, bem cabe imaginar o partido que desta facilidade excessiva sacariam as más paixões”.

Gonzalo Quintero Olivares considera inaceitáveis as justificativas para a perpetuação do que no direito espanhol denomina-se “*aforamientos*”, pois tal

¹⁵⁴ MAXIMILIANO, C.. *Comentários à constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 1948, Freitas Bastos p. 125.

¹⁵⁵ MIRANDA, P.. *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro , Borsoi, 1947, p. 345.

¹⁵⁶ ALCALÁ-ZAMORA N., *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. t. I, p. 222-223.: “(...)cuando esas leyes o esos enjuiciamientos se instauran no en atención a la persona en si, sino al cargo o función que desempeñe, pueden satisfacer una doble finalidad de justicia: poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios. No se trata, pues, de un privilegio odioso, sino de una elemental precaución para amparar a un tiempo al justiciable y la justicia: si en manos de cualquiera estuviese llevar las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarian las malas pasiones”.

instituto fere de morte a tutela constitucional da igualdade.¹⁵⁷ Para Flávia Piovesan¹⁵⁸ o foro por prerrogativa de função não se justifica no Estado de Direito Democrático, porque rompe com o princípio da isonomia entre os Cidadãos.

Vicente Greco Filho¹⁵⁹ destaca que “*certas autoridades são julgadas diretamente pelos tribunais superiores e de segundo grau, suprimido o primeiro grau. Essa supressão justifica-se em virtude da proteção especial que devem merecer certas funções públicas, cuja hierarquia corresponde, também, à hierarquia dos tribunais, daí a competência originária. No aspecto político a competência especial justifica-se porque os cargos públicos eletivos, ou não, são acessíveis a todos os brasileiros, de modo que a proteção a eles não é privilégio nem discriminação*”. Segundo o professor da Universidade de São Paulo, não havendo discriminação no acesso ao cargo ou mandato, não há falar-se em discriminação posterior.

De qualquer forma, parece prevalecer do entendimento de que o foro por prerrogativa de função, conquanto desejável a sua redução, não deve ser completamente proscrito e é sim contemplado no direito comparado.

¹⁵⁷ OLIVARES, G.Q. *La justitia penal en España*. Pamplona: Arazandi, 1998. p. 118.

¹⁵⁸ PIOVESAN, F.. in “*Prerrogativa ou privilégio*”, Folha de São Paulo, 4 de jul. 2001, p. A3.

¹⁵⁹ GRECO FILHO, V.. *Manual de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 61.

Corrigindo uma premissa posta no voto condutor do Acórdão que ensejou o cancelamento da súmula 394¹⁶⁰, pelo Supremo Tribunal Federal, premissa esta de que o foro por prerrogativa de função no âmbito da Suprema Corte não seria encontradiço no direito Constitucional Comparado, o Ministro Sepúlveda Pertence¹⁶¹ arrolou diversas hipóteses em que isto se dá. Tudo para arrostar argumentos de que o foro por prerrogativa de função seria como as *jabuticabas*, isto é, só existiria no Brasil.

A começar das velhas cartas constitucionais dos Estados Unidos (art. III, seção 2) e da Argentina (atual art. 100) – que o limitam ao julgamento dos embaixadores e membros das representações estrangeiras – a Constituição Espanhola (arts. 71, 4 e 102, 1); a Constituição Francesa (art. 67); a antiga redação da Constituição Italiana (arts. 96 e 134, aonde se previa o julgamento dos ministros pela Suprema Corte, nos crimes ministeriais); e a antiga redação da Constituição Portuguesa (art. 133, 4, estando hoje a matéria veiculada no Código de Processo Penal), todos estes textos contemplam hipóteses de detentores de cargo ou mandato que devem ser julgados por jurisdição mais graduada.

Talvez a “*jabuticaba*” não esteja na existência do foro especial por prerrogativa de função, mas sim na prodigalidade com que o legislador constituinte de 1988 e o poder constituinte derivado contemplaram diversos

¹⁶⁰ Voto do Min. Sydney Sanchez no Inquérito 687 do Supremo Tribunal Federal

¹⁶¹ Voto vista proferido na QCr 427 (QO) do C. STF.

cargos como seus detentores. Por exemplo, os parlamentares, que só haviam figurado como detentores de foro por prerrogativa de função na Constituição do Império (art. 47 § 3º.), recuperaram esta condição, regra só encontrável, ao que parece, na Espanha¹⁶².

5.4. A opção política por haver Foro por Prerrogativa de Função

Segundo José Frederico Marques¹⁶³ os casos do foro por prerrogativa da função, “se acham perfeitamente legitimados, mesmo porque evitam certa subversão hierárquica, como, por exemplo, o julgamento de um magistrado de grau superior, perante um juiz inferior” O Supremo Tribunal Federal proclamou que mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve “*para libertar o dignatário dos medos e do ostracismo futuro*”

Fernandes da Costa¹⁶⁴ estabelece que a Constituição, ao fixar as desigualdades, organiza o Estado para que as estruturas de poder encontrem formas seguras de atuação. Quando a Constituição estabelece competência criminal por prerrogativa de função não está a privilegiar pessoas, mas cargos,

¹⁶² Art. 71, 4 da Constituição Espanhola.

¹⁶³ Em atualização, consignou-se que “*um tribunal está, em tese, mais infenso a pressões. É verdade que nos tribunais superiores, onde os Ministros ascendem ao cargo por meio de um problemático esquema de indicações, pode se sentir o efeito da política. Todavia, não é incomum que ministros recém-nomeados votem contra interesses do governo e, mesmo em ações penais, profiram votos condenatórios mesmo quando o réu seja quem o tenha nomeado, como se viu no caso Collor. Ademais, os governos passam e os Ministros indicados ficam, o que dilui a eventual influência política de quem os indicou e nomeou.*” (MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Ed. rev. e atual. por José Renato Nalini e Ricardo Dipp. Campinas: Millenium, 2000. p. 75.)

¹⁶⁴ COSTA, Fernandes. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001, p. 68.

possibilitando que as funções políticas sejam exercidas com independência e afastadas de pressões. As regras de competência servem ao estabelecimento anterior do juiz natural e colaboram para que não haja tribunais de exceção, como, aliás, é vedado na Carta Política (art. 5º, XXXVII). A Constituição, quando cria os foros por prerrogativa de função está desigualando para garantir a imparcialidade. Desta forma, o foro por prerrogativa de função se prestaria, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves¹⁶⁵, a “*proteger a justiça contra ingerências de poder na própria justiça*”.

Além disto, do voto do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal¹⁶⁶ extrai-se outro argumento. Presume-se que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia seria, pois, ***uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado***. Essa correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o Tribunal que a lei considerou o mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgar o detentor de determinado cargo fosse afastado em favor de outro órgão jurisdicional que, presumidamente, poderia não ter o mesmo grau de isenção.

¹⁶⁵ Voto proferido quando do julgamento da questão de ordem do já referido *in*. 687.

¹⁶⁶ RTJ 22/50 e 51.

Ousamos discordar do posicionamento acima, entendendo que o argumento não se sustenta. O juiz, como ser humano, pode ou não ser isento. Pode ou não ser passível de pressões. Se o magistrado de primeiro grau pode temer ser preterido no concurso de promoção na carreira, da mesma forma, do jeito que são conformados os nossos tribunais superiores, com processo fortemente político, também estes ministros podem se sentir inclinados a decidir favoravelmente a determinado aliado político por ocasião da conquista de uma vaga nas Cortes. Assim, repelimos a premissa de que presumivelmente um órgão de tribunal tenha maior isenção de que um juiz de primeiro grau. Presumivelmente terá maior experiência, melhor assessoria, até quiçá maior cultura jurídica, mas isenção é o próprio âmago da atividade jurisdicional, imbrica-se com a imparcialidade, não havendo falar-se de graduações de isenção dentro da magistratura. O juiz não é neutro cultural e politicamente, mas deve aplicar o direito com isenção.

Também repelimos o argumento de que o foro por prerrogativa de função se preste adequadamente a repelir “*medos de ostracismo futuro*” por parte do detentor de cargo ou mandato. Na verdade, o princípio da presunção da inocência já se presta a este papel, já que ninguém é de ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ora, se é assim, porque temer que o juiz de primeiro grau exerça a jurisdição, se, ao fim e ao cabo, ainda haverá a esfera recursal e a possibilidade de o Tribunal se

manifestar? Que ostracismo é este que se teme, se qualquer ilegalidade pode ser repelida de plano pelo Tribunal, até pela via do *habeas corpus*?

5.5. O regime constitucional brasileiro e o Foro Por Prerrogativa de Função

Opina Fábio Konder Comparato¹⁶⁷ que no regime constitucional brasileiro em vigor, seguindo a linha diretriz de todas as nossas Constituições republicanas, mas diversamente do que dispunha a Carta Imperial, o sistema é de **reserva exclusivamente constitucional** para a criação de privilégios de foro. “*Não haverá outros foros privilegiados que os instituídos pela própria Constituição*” anotou Pontes de Miranda em comentários à Carta de 1967/69. O legislador não tem competência para tanto. E se o Poder Legislativo carece de legitimidade para tanto, com maioria de razão o Executivo e o Judiciário.

Entretanto este não é o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal. Veja-se que no particular, a legislação infraconstitucional toda cede espaço à dignidade do Júri, tanto que o Colendo Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 721, do seguinte teor: “*A Competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.*”

¹⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau.* Boletim dos Procuradores da República, ano 1, nº 9, jan. 99.

Assim, para o Supremo Tribunal Federal, as Constituições estaduais, estas por simetria à Constituição Federal, podem veicular foros por prerrogativa de função. Se o foro por prerrogativa de função for instituído na Constituição Federal, prevalecerá em detrimento da competência do Tribunal do Júri. Se for estabelecido exclusivamente na Constituição Estadual, prevalece o Tribunal do Júri. Também a legislação federal pode elevar determinados cargos á condição de ministro de estado, sem que isto importe necessariamente burla ao sistema constitucional.

6. ANÁLISE DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: JÚRI E ACUSADO MERECEDOR DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.

Dispõe o art. 5º, XXXVIII, letra “d” da Constituição Federal que o Tribunal do júri é competente para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Dispõe a mesma Constituição que, nos crimes comuns - usado o termo “comuns” em oposição aos de “crimes de responsabilidade” - determinados detentores de cargo ou mandato deverão ser processados nos Tribunais lá previstos.

Quid iuris, se uma autoridade destas for formalmente acusada da prática de um crime doloso contra a vida?

Responde o Supremo Tribunal Federal, em posicionamento sumulado, no enunciado 721, que prevalece o júri em detrimento do foro por prerrogativa de função, estabelecido exclusivamente na Constituição Estadual. **A *contrariu sensu*, se o foro por prerrogativa de função for estabelecido na Constituição Federal, prevalecerá, por norma especial, afastando a jurisdição do Júri.**

Reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal vem fixando duas premissas, quais sejam: os crimes dolosos contra a vida são crimes comuns e o foro por prerrogativa de função é norma especial, que prefere a norma geral da jurisdição pelo Júri, neste caso. Indo ao âmago da racionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Carlos Ayres Britto¹⁶⁸, distingue a natureza do Tribunal do Júri e o direito de ser julgado pelo Júri. Explica o ministro, em passagem que merece transcrição:

“o Tribunal do Júri, no âmbito dos órgãos judicantes, é especial, mas o direito de ser julgado por um Tribunal do Júri pelos seus concidadãos é um direito comum, direito franqueado a todo e qualquer indivíduo pelo fato mesmo da humanidade que mora nele, despojado, portanto, de qualquer função, cargo ou condição.”

Segue afirmando que o direito ao júri é direito comum, singelo, conferido a uma série aberta de pessoas, ao contrário das prerrogativas, que são conferidas a uma série fechada. Ao depois, aquinhoa a prerrogativa de função da condição de superdireito, por força do seu dúplice aspecto (garantia ao detentor

¹⁶⁸ Voto vista na AP 333-2 do Supremo Tribunal Federal.

e à sociedade), para distingui-la, especialmente, da norma geral do tribunal do Júri.

Da análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema extraímos que a Corte nunca enfrentou a questão sob o prisma da colocação topográfica do Júri no art. 5º. da Constituição Federal, ostentando o Júri a condição de *preceito fundamental e corolário da própria dignidade da pessoa humana, norma, por tudo isto, especial em face da norma geral do foro por prerrogativa de função*. Especialíssima, aliás, pois configura reafirmação da própria soberania popular que se materializa na participação popular na Justiça, esta um construído democrático fundamental desde a *Magna Carta*.

Parece contestável, por isto mesmo, a premissa de que a norma do art. 5º., XXXVIII, “d” da Constituição Federal e a disposição, por exemplo, no art. 102, I, b) da mesma Constituição tenham idêntica dignidade constitucional e a mesma hierarquia do ponto de vista axiológico, porquanto *“ambas as normas encerram garantias fundamentais do cidadão. A primeira do cidadão comum; a segunda, do cidadão parlamentar”*¹⁶⁹ tal como fixa o voto do Ministro Carlos Ayres Brito.

O esforço de reconstrução histórica, aqui produzido, repudia esta premissa, já que não se encontra, no construído dos constitucionalistas brasileiros maior preocupação com as *“garantias fundamentais do cidadão parlamentar”*; muito ao contrário, só muito recentemente voltou-se a devolver

¹⁶⁹ Voto vista do Ministro Carlos Ayres Brito na AP 333-2 do Supremo Tribunal Federal.

foro por prerrogativa de função ao parlamentar, talvez inspirado o legislador no trauma do regime de 1964. N'outro diapasão, qual prejuízo adviria a esta garantia se o detentor do foro por prerrogativa de função fosse julgado pelos jurados, no tribunal do Júri, expressão mais pura da participação popular na justiça, dentro da democracia representativa?

6.1. A suposta especialidade do foro por prerrogativa de função, em detrimento do Júri.

Maria Lúcia Karam¹⁷⁰ avulta a relevância da instituição do júri, claramente assumida pelo constituinte ao dele tratar em regra incluída no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, o interesse considerado em sua criação, qual seja a participação popular direta no exercício da função do Estado expressada na jurisdição e as particularidades do julgamento efetuado por aquele órgão, das questões de fato segundo a consciência dos jurados, aliado à soberania dos veredictos, esta expressamente reafirmada pela Constituição Federal de 1988 na reflexão sobre a solução da aparente antinomia de dispositivos constitucionais.

¹⁷⁰ KARAM, M. L.. *Competência no Processo Penal*. 4ª. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 119.

Definindo antinomia de normas jurídicas Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁷¹ afirma tratar-se de uma oposição que ocorre entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, colocando o intérprete numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída dentro do ordenamento. Classifica-se a antinomia jurídica como *real ou aparente*. Será real (lacuna), quando insolúvel. Será aparente, quando o conflito de normas for passível de ser solvido pela incidência das regras e princípios que orientam o sistema de normas. O fundamento da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade iluminam todo o sistema e devem ser norte também neste caso.

Na doutrina clássica encontra-se os paradigmas para a solução do conflito aparente: a) norma posterior revoga anterior; b) norma superior revoga inferior e c) **norma especial incide, em detrimento da geral**¹⁷².

Ambas as normas - a do art. 5º., XXXVIII, “d” e a do foro por prerrogativa de função, constitucionalmente posto - foram simultaneamente estabelecidas e tem a mesma condição de normas constitucionais. Aceitando que não há hierarquia entre elas, remanesceria o critério da especialidade, utilizado

¹⁷¹ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Antinomia*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 7, p 10.

¹⁷² Colhendo as lições de Kelsen, diante de um conflito de normas de mesmo escalão, a norma posterior revoga a anterior, norma especial ab-rogua (parcial) ou derroga (total) norma geral; diante de um aparente conflito de norma de escalão superior com norma de escalão inferior, verifica-se que não há em verdade conflito, já que a norma inferior tem sua validade fundada na norma superior, e diante de um conflito de normas individuais que foram postas por órgãos diferentes, caberá ao órgão executivo decidir qual das decisões irá executar, tudo conforme os ditames da Constituição, ou da norma fundamental. (KELSEN, H.. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 218 e ss).

pela Suprema Corte. Entretanto, nos parece norma especial a que institui o Tribunal do Júri. Especial é o Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

O crime doloso contra a vida é crime comum, sim, expressamente excluído do âmbito do foro por prerrogativa de função, por disposição de altíssima dignidade constitucional, já que a competência do Júri encerra preceito fundamental e cláusula pétrea, bem como conforma um fundamento do estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana¹⁷³ e assim como o foro por prerrogativa de função – que nada tem ver com privilégio pessoal¹⁷⁴ - tem natureza dúplice, porque, ao mesmo tempo funciona como garantia ao réu de ser julgado pelos seus pares e permite a efetiva participação do povo da distribuição da justiça nos crimes que o legislador ponderou mais importantes para tanto.

Esta dignidade constitucional do Júri é que lhe torna um “*tribunal especial*”, cujas decisões não são passíveis de revisão pelo mérito¹⁷⁵, justamente

¹⁷³ Quando trata da ponderação de valores, colisão de princípios, não existe uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística entre os diversos valores ou princípios constitucionais. *Mas a dignidade da pessoa humana é um “valor-fonte de todos os valores, valor fundante da experiência ética ou, princípio fim de toda ordem jurídica”*. Neste particular, citamos Daniel Sarmiento, para quem a condição de dignidade da pessoa humana é um critério substantivo na ponderação de interesses constitucionais, que não deve ceder a qualquer outro princípio. (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 74-76.)

¹⁷⁴ Foi um decreto de 11 de agosto a de 1789 que aboliu definitivamente as aristocráticas justiças senhoriais e submeteu todos os cidadão franceses ao julgamento pelos mesmo juízes. A Revolução Francesa trouxe, assim, para o primeiro plano, as questões mais diretamente políticas do processo penal, tendo sido ensaiadas na sua seqüência, algumas modificações do sistema anterior e introduzidos institutos característicos do processo penal inglês. A mudança de orientação assinalou-a relativamente ao figurino inquisitório, desde logo a Lei de 11 de Agosto de 1789, que suprimiu as justiças senhoriais”. (BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal – 1*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 36.)

¹⁷⁵ No tocante ao “*meritum causae*”, dado ser o julgamento efetuado pelo próprio povo, representado pelos juízes de fato, ou jurados, a legislação ordinária não pode desconhecer que, sendo soberano, até porque em nome de quem todo o poder emana (inclusive a preceituação contida no parágrafo único do art. 1º da CF), evidente mostra-se a sua intocabilidade. Só mesmo se houver alguma nulidade a ser declarada, é que o órgão jurisdicional de segundo ou superior grau, por força de manifestação recursal do interessado, poderá anulá-lo. (MARQUES

porque não se trata propriamente de uma jurisdição de categoria inferior aos tribunais.

O Júri é a participação popular direta no exercício da função do estado expressada na jurisdição, participação que funciona como mecanismo de democratização do poder político. Entendeu o constituinte que a especial natureza daquelas infrações penais deveria levar que uma eventual concretização do poder de punir se fizesse em tais casos através de uma forma mais democratizada de exercício deste poder do estado¹⁷⁶.

Mas não tem decidido assim o Supremo Tribunal Federal. Listando os argumentos utilizados para sustentar o posicionamento, ao considerar o foro por prerrogativa de função, estabelecido na Constituição Federal, ainda que por via reflexa, na súmula 721, como norma especial, afastando a competência do Júri, chega-se a seguinte síntese:

1) não há ressalva, no âmbito da competência dos Tribunais, aos crimes dolosos contra a vida.

O argumento não procede, por falacioso. O art. 5º. XXXVIII, “d” da Constituição Federal também não ressalva nenhum acusado, quanto ao

PORTO, Hermínio Alberto. *Júri*, 9 ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 111, e no mesmo sentido, MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*, São Paulo, Saraiva, 1963, vol I, p. 26-27.)

¹⁷⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. 4ª. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 119.

foro por prerrogativa de função. Lá não está dito algo como: *o Júri é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, exceto os imputados a quem possua foro por prerrogativa de função...*

2) ao deixar de excepcionar os crimes dolosos contra a vida o constituinte fez uma opção política, embora criticável: no confronto entre o direito individual do cidadão e o interesse do Estado em garantir a preservação da dignidade e relevância de determinados cargos, OPTOU PELO INTERESSE DA COLETIVIDADE EM DETRIMENTO DO INTERESSE INDIVIDUAL, que pelo menos em tese, o Estado representa.

Em primeiro lugar não nos parece evidente esta opção política do legislador constituinte. Evidente é o relevo dado ao Júri, como juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

Além do mais, este suposto “*interesse da coletividade*” está em que uma autoridade tenha foro por prerrogativa de função ou no exercício efetivo da jurisdição popular?

É também contestável a premissa de que o interesse “*coletivo*” deve prevalecer em detrimento do interesse “*individual*”¹⁷⁷ pois a constituição repudia qualquer interpretação que permita sacrificar direito em favor de

¹⁷⁷ Daniel Sarmiento (org.), *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o mito da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

interesse público. E o Júri é uma garantia de todo cidadão, tanto que um senador da república, em episódio abaixo relatado, teve que renunciar para ir a Júri. Será que neste caso havia algum interesse coletivo de que fosse o crime julgado pelo Supremo Tribunal Federal? Se sim e se devia prevalecer porque o Supremo Tribunal Federal remeteu os autos à vara do Júri?

3) todas as regras de competência previstas na constituição na verdade se situam no mesmo título, pois são desdobramentos do art. 5º. LIII, funcionando como instrumentos de materialização do seu conteúdo, efetivando o princípio do juiz natural.

Se assim fosse, as normas infraconstitucionais também se prestam à materialização do princípio do juiz natural e não poderiam ceder passo em face do Tribunal do Júri, tal como se faz, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afastando a incidência da Súmula 704¹⁷⁸, e a

¹⁷⁸ O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, por maioria de votos, entendeu que, em caso de co-autoria em crime doloso contra a vida, envolvendo a participação de agente detentor de foro por prerrogativa de função e de agente sem foro privilegiado, deveria ocorrer a disjunção do processo: "*Competência. Crime doloso contra a vida. Co-autoria. Prerrogativa de foro de um dos acusados. Inexistência de atração. Prevalência do juiz natural. Tribunal do Júri. Separação dos processos.... 3 - O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro, como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea d do inciso XXXVII do art. 5.º da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de indole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal" (Ac. HC 69.325-GO - Plenário - j. 17.06.1992 - maioria de votos, rel. designado min. Marco Aurélio - DJU 04.12.1992, p. 23.058)."*

regra insculpida no art. 78, I do CPP, no que toca à co-autoria dos crimes dolosos contra a vida, *tudo para garantir ao co-réu não detentor de foro por prerrogativa de função o julgamento pelo Júri, tal como exporemos abaixo.*

Todavia, em decisão recente, da relatoria da ministra Ellen Gracie, no órgão fracionário, chegou-se à decisão diversa¹⁷⁹, entendendo que a competência do Júri é mitigada pela própria Constituição. Não concordamos. Entendemos que o foro por prerrogativa de função é que é mitigado, é exceção, opção política lamentavelmente ampliada, que deriva do receio de perseguições próprio de uma democracia frágil e recém instalada, opção demasiadamente ampla no Brasil, e ao que argumentam alguns propositalmente para prevenir a efetiva responsabilização criminal dos detentores de cargo ou mandato¹⁸⁰. Basta, para confirmar, ver quantos destes detentores de foro por

¹⁷⁹ 1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime doloso contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativas de função (CF, art. 105, I, a), todos os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão. Incidência da Súmula 704/STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República. Precedentes. "**HABEAS CORPUS N.º 83.583-0 - PE**

¹⁸⁰ *Um estudo da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) revela que desde 1988, ano da aprovação da Constituição brasileira, até maio passado, nenhuma autoridade foi condenada no Supremo Tribunal Federal (STF) nas 130 ações protocoladas e apenas cinco de um total de 333 processos sofreram condenação no STF, o que equivale a apenas 1,5% de autoridades punidas.* (Mariângela Gallucci, Agência Estado, 6 de julho de 2007)

prerrogativa de função foram de fato processados e quantos estão efetivamente condenados e cumprindo pena.¹⁸¹

4 - A estabilidade e a segurança das instituições poderiam ser ameaçadas, se os agentes políticos temessem eventuais perseguições.

Argumento *ad terrorem* merece uma refutação do mesmo calibre. Sendo o Supremo Tribunal Federal um Tribunal eminentemente político, o que lhe coloca blindado de nefastas influências políticas ao decidir? Que será da Justiça e mesmo da Democracia, se um Presidente da República vier a cometer um homicídio no Palácio do Planalto e for processado perante o Supremo Tribunal Federal e julgado por ministros que ele mesmo indicou. Isto é bom para as instituições?

Qualquer opção política em matéria de competência importa os riscos inerentes à função jurisdicional, mas nada justifica excluir do povo o direito de julgar seus pares quando a Carta assim comanda, nem excluir ao cidadão, por estar num cargo público, o direito do julgamento no tribunal popular.

A reforma do Júri de 2008 impediu a absolvição sumária imprópria do acusado inimputável, com imposição de medida de segurança desde

¹⁸¹ “A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, “*ratione muneris*”, a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, mas tal prerrogativa já se descaracterizou em sua essência mesma, estando hoje degradada à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal, razão de nossa iniciativa com a apresentação da presente Emenda Constitucional, inspirados nas conclusões expostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, realizado em Brasília, nesta data, cujo tema que dava nome ao evento era “*Juízes contra a corrupção*”. (fundamentos da Proposta de Emenda Constitucional no. 130, proposta ao Congresso Nacional).

logo, se a defesa tiver tese substancial de mérito, tudo para não privar o jurisdicionado do seu julgamento pelos seus pares. Em tema de crime doloso contra a vida, o julgamento é pelo Júri e o agente político, neste caso, não tem motivos para temer retaliações ou perseguições.

A expressão da colocação topográfica do Tribunal do Júri no art. 5º da Constituição Federal, dentre os direitos e garantias individuais, mostra toda a sua relevância quando o seguinte problema se coloca: o detentor de foro por prerrogativa de função, se processado por crime doloso contra a vida, para se submeter ao júri, teria que renunciar ou exonerar-se?

6.2. A coerência interna da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a questão do detentor de cargo ou mandato processado por crime doloso contra a vida, perante o tribunal, que renuncia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada, previa que o ex-detentor de cargo ou mandato, que viesse a ser processado durante o mandato, mantinha o foro por prerrogativa de função. Era o que dispunha a súmula 394: *“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação sejam iniciados após a cessação daquele exercício”*.

Na sessão plenária de 25 de agosto de 1999, finalmente revendo jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal decidiu cancelar a súmula, julgando o Inquérito 687 e outros. Prevaleceu o entendimento de que o foro por prerrogativa de função aquinhoa o cargo, a função, e não a pessoa. Se esta já não mais é detentora de cargo ou função, nada justifica a sua submissão ao Tribunal. Do voto-condutor, da lavra do Min. Sidney Sanches, extrai-se que a atual Constituição não é explícita em contemplar, com prerrogativa de foro, as autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. O segundo argumento é o de que sendo a prerrogativa de foro um privilégio, esta deve ser interpretada restritivamente, sobretudo “*numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comum, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos*”¹⁸².

É bem verdade que o Ministro Sepúlveda Pertence, secundado pelos Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, defendeu o cancelamento para a proposição de uma nova súmula, com o teor seguinte: “*Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional*”.

Em face desta decisão, tentou o legislador ordinário a revitalização da súmula através da Lei 10628/2002, que alterou os artigos 84 §§ 1º. e 2º. do CPP, mas a novel legislação foi julgada inconstitucional, entendendo o Supremo

¹⁸² Inq. 687- 4 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Tribunal Federal que não poderia o legislador, por lei ordinária, alterar a exegese que o Supremo fez da Constituição. A lei teria realizado uma indevida interpretação autêntica da Constituição, permitida apenas a outra regra de mesma hierarquia ou ao próprio Supremo, que inclusive já havia se posicionado pela impossibilidade de perpetuação da competência por prerrogativa de função quando cessado o exercício funcional.

Portanto hoje, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o detentor de cargo ou mandato, por exemplo, um parlamentar, que cometa um crime doloso contra a vida, é de ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, se houver sua renúncia, submeter-se-á ao júri popular.

Conseqüência prática: um parlamentar, após inúmeros anos de processo, nas vésperas de seu julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, renunciou ao seu mandato sob o argumento de que pretendia submeter-se ao seu juiz natural, o Tribunal do Júri. E apesar dos argumentos de que isto configuraria verdadeiro “*abuso de direito*”, tal como sinalizou o Ministro Joaquim Barbosa¹⁸³ e de que ***não teria o acusado o direito de escolher o seu juiz***, o fundamental direito constitucional de ser julgado pelo jurados, inerente a sua própria dignidade de ser humano, lhe foi assegurado. Mas a que preço? Abriu mão do

¹⁸³ Voto manifestado na AP 333-2 perante o Supremo Tribunal Federal, réu Senador Ronaldo José da Cunha Lima, cuja ementa assim ficou redigida: “O Tribunal, à unanimidade, afastou questão de ordem para afirmar que a competência do Tribunal do Júri cede diante da que fixa foro por prerrogativa de função. E relativamente a competência desta casa, ante a renúncia manifestada pelo parlamentar, o Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, César Peluso, Carlos Britto e a Senhora Ministra Carmen Lúcia, declinou da competência ao Juízo criminal da Comarca de João Pessoa. Votou a Ministra presidente Ellen Gracie e reajustou o voto o Ministro Eros Grau. (Plenário, 05.12.2007).”

mandato! Se ficasse Senador, submeter-se-ia ao crivo do Supremo e não ao seu juiz natural, que é o Júri.

Pergunta que então se coloca: o foro por prerrogativa de função tem toda esta dignidade, a ponto de afastar a especialidade da norma que dispõe sobre a competência do Júri, porque a sua localização topográfica está na estrutura dos Tribunais? Em sendo “especial” em relação à competência ao Júri, porque não continua prevalecendo, mesmo depois do fim do exercício do cargo ou mandato, para impedir as supostas “perseguições” a que o agente político estaria exposto? E, por último, que tipo de prerrogativa é esta, que obriga o agente político dela abrir mão, para igualar-se a todos os demais jurisdicionados no sacrossanto direito de ser julgado pelos seus pares?

6.2.2. Crime doloso contra a vida, foro por prerrogativa de função e co-réu.

Outra questão intrincada é a hipótese de concurso de agentes, na prática de crime doloso contra a vida, quando um destes agentes é de ser julgado perante foro por prerrogativa de função. A súmula 704 do Supremo Tribunal Federal, resolvendo relevante argumentação sobre o juiz natural do co-réu que não possui o foro por prerrogativa de função, pacificou o entendimento no sentido de que **não viola garantias constitucionais** a atração do processo e julgamento de um réu ao foro por prerrogativa de função do co-réu.

Seguindo este entendimento, o co-réu não possuidor de foro por prerrogativa de função deveria ser julgado pelo Tribunal, mesmo na hipótese de crime doloso contra a vida. Mas o próprio Tribunal Pleno do Supremo entendeu que a norma que trata da conexão ou continência, de assento infraconstitucional, (art. 78, I do CPP) não pode sobrepor-se à dignidade constitucional do Júri, devendo o agente político ser julgado pelo Tribunal e o co-réu ser julgado pelo Júri, em ostensiva exceção ao entendimento sumulado.

E recentemente, por órgão fracionário, o Supremo Tribunal Federal voltou a decidir: *“A Turma deferiu habeas corpus para determinar o desmembramento de inquérito em curso no STJ, nele permanecendo apenas os autos relativamente ao detentor da prerrogativa de foro — Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. Tratava-se, na espécie, de writ em que se pleiteava o reconhecimento da competência do tribunal do júri para julgar a paciente entendeu-se que a continência e a conexão não poderiam alterar competência fixada na Constituição. Ademais, asseverou-se que o argumento de ordem prática no sentido de se evitar, mediante a reunião de ações penais, decisões conflitantes não se sobreporia à competência funcional estabelecida em normas de envergadura maior. HC 89056/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 12.8.2008. (HC-89056)”*¹⁸⁴

¹⁸⁴ Informativo 515 do Supremo Tribunal Federal

O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles o foro por prerrogativa de função, não afasta quanto ao outro a competência do Júri.¹⁸⁵ Para nós, tanto o detentor de foro por prerrogativa de função quanto o co-réu deveriam ser julgados pelo Tribunal do Júri. Na verdade, a própria súmula 704 tem inviabilizado a eficácia de vários processos, como o notório processo do “*mensalão*”¹⁸⁶, no qual a extensão do foro por prerrogativa de função aos co-réus tem trazido toda a sorte de embaraços, a ponto do ministro relator tentar valer-se do quanto disposto no artigo 80 do Código de Processo Penal, o que, para nós, viola ostensivamente o princípio do Juiz Natural, pois ou bem o juiz certo do co-réu é o Tribunal ou é o juiz de primeiro grau.

Desmembrar o feito depois de estabelecido o juiz natural parece trazer maus tratos à segurança jurídica. Não se pode, pela conveniência da marcha do processo, alterar o juiz natural do feito. Assim decidindo o Supremo na verdade modulou os rigores da Súmula 704. Tornou incerto o órgão judiciário competente, na hipótese de co-réu que supostamente praticou crime conexo ao do detentor de foro por prerrogativa de função, pois se o processo mostrar-se complexo e moroso este co-réu poderá ser julgado pelo juiz de primeiro grau e

¹⁸⁵ HC 69325 do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸⁶ O inquérito 2.245 que redundou na Ação Penal originária no. 470, do Supremo Tribunal Federal. A decisão, por 6 votos a 5, favorável ao desmembramento acatou o voto médio do ministro Sepúlveda Pertence, definindo que o desmembramento se dará apenas nas hipóteses em que não haja co-autoria de crime com detentores de prerrogativa de foro privilegiado.

não pelo tribunal abstratamente competente para julgá-lo, em razão da conexão, tudo ao critério do relator.

6.2.3 A questão da competência nos crimes praticados por prefeitos.

Se a competência do foro por prerrogativa de função é especial, em detrimento de competência em razão da matéria, tal como se concluiu em face do conflito aparente de normas acima enunciado, que culminou na súmula 721, como compor esta exegese e a súmula 702 do mesmo Supremo Tribunal Federal, assim ementada: “*A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.*”?

Aqui estamos diante de outro conflito aparente de normas: o quanto disposto no art. 29, X da Constituição, **que prevê o julgamento dos prefeitos pelo Tribunal de Justiça** e, por exemplo, o quanto disposto no art. 109, IV da CF, que estabelece a competência da Justiça Federal para os crimes praticados em detrimento de bem, interesse, ou serviço da União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Curiosamente, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela “especialidade” da norma que estabelece a competência da justiça federal, em detrimento da letra clara da Constituição, quanto ao foro por prerrogativa de função.

No conflito entre duas competências materiais, uma que deriva da pessoa e outra que deriva da matéria, neste caso opta-se por uma estranha composição, jamais prevista constitucionalmente: o prefeito tem direito a ser julgado no 2º. grau de jurisdição, *mas no âmbito da Justiça competente em razão da natureza da infração, afastando assim a norma constitucional expressa, do art. 29, X.*

O Superior Tribunal de Justiça foi além, distinguindo, na hipótese de crime praticado por prefeito, se o valor desviado já se incorporou ao patrimônio do Município ou se ainda se encontra sob fiscalização da União para designar o órgão competente. Entende que “*COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR PREFEITO MUNICIPAL POR DESVIO DE VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE ORGÃO FEDERAL*”, compete à Justiça estadual “*PROCESSAR E JULGAR PREFEITO POR DESVIO DE VERBA TRANSFERIDA E INCORPORADA AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL*”¹⁸⁷. Assim a competência é fixada em razão da pessoa (2º. Grau de jurisdição), mas também em razão do bem jurídico tutelado (interesse ou não da União, na forma do art. 109, IV da Constituição Federal).

O problema é que a questão se houve desvio de verba ou não é o próprio cerne da imputação, quanto mais se estabelecer aprioristicamente se a verba supostamente desviada já tinha ou não se integrado ao patrimônio do Município. Tudo isto conspira contra a segurança jurídica, em matéria aonde a Constituição não parecia deixar nenhum espaço ao intérprete.

¹⁸⁷ Súmulas 208 e 209 do Superior Tribunal de Justiça

7 - Conclusão

Podemos fixar que aferimos a presença e a relevância da participação popular no exercício do poder jurisdicional desde os primórdios. Reconhecemos a importância do Tribunal do Júri, como marco histórico da limitação do poder do soberano, dentro da Magna Carta de 1215, imposta pelos barões ao rei João Sem Terra. Também figurou na Constituição norte-americana, emendando-se a Constituição em 1791 para garanti-lo a todo cidadão, cláusula que ao depois revelou fundamental. Apuramos então, para além do horizonte nacional, a relevância da participação popular na justiça em democracias consolidadas como os Estados Unidos, a França, a Alemanha e a Inglaterra.

No direito brasileiro vislumbramos a evolução da relevância constitucional do Tribunal do Júri, presente em todas as Constituições Federais, mesmo as de viés não democrático, muito para além de mero órgão Poder Judiciário, como verdadeira garantia individual. Especialmente na Constituição Federal de 1988, é ostensiva a importância do Tribunal do Júri, previsto no rol dos direitos e garantias individuais, tornando-se cláusula pétrea e preceito fundamental da mesma Constituição Federal.

O Tribunal do Júri encerra uma imanência do princípio da dignidade da pessoa humana, que se reafirma na possibilidade de um cidadão julgar ou ser julgado por seus pares, quando a Constituição Federal assim determinar. A

participação popular na justiça é corolário deste mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa Brasileira e decorrência lógica do princípio da igualdade.

Especificamente quanto ao conflito aparente de normas constitucionais que ao início nos propusemos enfrentar concluímos que a muito questionável opção política do legislador constituinte pela existência de foro por prerrogativa de função para determinados agentes políticos não poderá prevalecer em detrimento da competência do Tribunal do Júri, na hipótese em que autoridades sejam acusadas de crime doloso contra a vida.

Isto porque no conflito aparente de normas constitucionais deve avultar aquela interpretação constitucional que mais se aproxima dos seus princípios fundamentais. E neste conflito - Tribunal do Júri e foro por prerrogativa de função - o Tribunal do Júri deve prevalecer em homenagem ao próprio marco democrático que orienta toda a exegese da Constituição.

O foro por prerrogativa de função não encerra, de nenhuma forma, norma “especial” a afastar a competência do Júri. Muito ao contrário, é o Tribunal do Júri, garantia do cidadão e manifestação palpável da participação popular no Poder Judiciário, disposição de maior relevo constitucional e especial em detrimento do foro por prerrogativa de função, pois não se pode aceitar que o povo possa ser privado, inconstitucionalmente, do direito de julgar quem quer seja, sob o argumento de que isto é “perigoso” para as instituições, dado que o próprio poder emana do povo.

8- BIBLIOGRAFIA

ABREU E LIMA, Múcio. *Do libelo Crime Acusatório*. Belo Horizonte: Moraes, 1933.

ALCALÁ-ZAMORA. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.

ALEJANDRE, Juan Antonio. *La justitia popular. Análisis de una experiencia historica*. Madrid: Universidad Complutense, 1988.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vaidés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. “*Teoria Geral dos Direitos Humanos*”. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA, Ricardo Vital. *O Júri no Brasil: Aspectos Constitucionais – Soberania e Democracia Social*. Leme: Edijur, 2005.

ARAÚJO CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 24^a. ed., 2007.

ARAÚJO, Nádia e ALMEIDA, Ricardo R. *O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – Sua Evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual*. Revista Brasileira de Ciências criminais. São Paulo, RT, ano 4, número 15, julho/setembro de 1996.

AROCA, Juan Montero; GOMES COLOMER, Juan Luis; REDONDO, Alberto Mónton; VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional; processo penal*. 10 ed. Valencia: Tirant lo blanch, v. III, 2000.

ASSIS MOURA, Mário. *Reforma da Instituição do Júri no Estado de São Paulo*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e Cia., 1930.

ATIENZA, Manoel. *As Razões do Direito*. 3^a. Ed., 1^a. reimpressão. São Paulo: Landy, 2006.

AVANZINI G. *Il recrutamiento dei giurati nei paese di Common Law*, Giufré, Milão, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal – I*. Coimbra: Almedina, 1981.

BARROSO, Luis Roberto. *A igualdade perante a lei. Algumas reflexões. in Temas atuais de Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Uerj, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1989, 2^o vol.

BELO DA SILVA, Edson Paulo. *Tribunal do Júri: Ampliação de sua competência para julgar os crimes dolosos com evento morte*. São Paulo: Iglu, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10^a. Ed.. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONFIM, Edílson M. *No Tribunal do Júri*. 2^a. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES PEREIRA, José Ruy. *Tribunal do Júri. Crimes Dolosos Contra a Vida*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) n° 58*, Editora Revista dos Tribunais, janeiro-fevereiro de 2006.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Nos Tribunais do Júri*. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 4^a. edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2000.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Interpretação do Direito*. 19^a Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CASTANHO DE CARVALHO, L.G. G.. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4^a. Ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CHALITA, Gabriel. *A sedução do discurso. O poder da linguagem nos tribunais de júri*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1943.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo; Saraiva, 1965, vols. II.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri – reformas, constinuísmos e perspectivas práticas*. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3ª. Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2003.

_____. *Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau*. Boletim dos Procuradores da República, ano 1, nº 9, jan. 99.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 3ª ed. Roma: Giuffrè, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DERVIEUX, Valérie. *Processos Penais na Europa*, coord. Mireille Delmas-Marty. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Juris 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

DONNEDIEU DE VABRES. *Traité de droit Criminel el de Législation Pénale Comparée*, 3ª ed., Paris, 1947.

ESER, Albin. *Juízes leigos no processo penal. Uma comparação entre os sistemas inquisitivo e adversativo a partir da perspectiva alemã*. In: Processo Penal e Direito do Estado. Coords: Choukr, Fauzi Hassan e Ambos, Kai.. Campinas: Edicamp, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. *A Reação Defensiva a Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Processo Penal Constitucional*. 4^a. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES DA COSTA. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. Bari: Laterza, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Antinomia*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 7.

_____. *Constituinte: assembleia, processo e poder*. 2^a. Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986.

FERREIRA DA CUNHA. *Direito Constitucional geral: uma perspectiva Luso-Brasileira*. São Paulo: Método, 2007.

FEU ROSA, Antônio J. M.. *Júri: comentários e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, J., *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, 1^o v.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. J. W. Prado Jr. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

FRANCO, Ary Azevedo. *O Júri e a Constituição federal de 1946*. 2ª. Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. *O Jury no Estado Novo*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1939.

GAGALLO, A. Planchadell: “*El escabinado Portugués*”, na obra coletiva “*Comentarios a la ley del jurado*”. Coordenação: Juan Montero Aroca e Juan Luis Colomer. Madri: Ed. Aranzadi, 1999.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El processo penal aleman: introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Principios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECCO FILHO, Vicente. *Tutela das Liberdades Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Manual de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia*. São Paulo: Revista de Processo. n. 29, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª. Ed. 1958.

HELIE M. Faustin, *Traité de l’instruction criminelle*, Paris: Plon, 1867, título V.

HENDLER, Edmund S. *El juicio por jurados. Significados Genealogias, incógnitas*. Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 7^a. Ed., 2003, Tomo I.

K.O.APEL, *Penser avec Habermas contre Habermas* (1989), Paris: L'Éclat, 1990.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo, Martin Claret, 2005.

KAPLAN, Benjamim. *Do julgamento pelo Júri. Aspectos do Direito Americano*. Tradução de Janine Yvonne Ramos Péres e Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. 4^a. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado, 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEONE, Giovanni. *Manuale di procedura penale*. Napoli: Jovene, 1960, p. 77; e idem, *Tratado de derecho procesal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963,. São Paulo, Saraiva, 11^a. Edição 2005.

LINS E SILVA, Evandro. *A Defesa tem a Palavra*. 2^a Ed.. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

_____. *O Salão dos Passos Perdidos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/FGV, 1997.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4^a. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MARCON Adelino. *O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

MÁRIO GUIMARÃES. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. 1ª. Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. 1a. Ed.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

_____. *Cidadania e Democracia: Instrumentos para efetivação da dignidade humana*. In. *Tratado luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio, FARIA COSTA, José (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. *Júri: Procedimento e aspectos do julgamento. Questionários*. 11ª. Ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

MARQUES, José Frederico. *O júri e a sua nova regulamentação legal*, Saraiva, São Paulo, 1948.

_____. *Da competência em matéria penal*. Ed. rev. e atual. por José Renato Nalini e Ricardo Dipp. Campinas: Millenium, 2000.

_____. *A instituição do júri*, São Paulo: Saraiva, 1963, vol I.

_____. *O Júri no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MARSHALL, James. *Espadas e Símbolos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 1948, Freitas Bastos.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Processo Penal, ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975.

MENDES JÚNIOR, João. *O Processo Criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1903.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 7^a. Edição, 2003, Tomo I.

_____. “A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana”. *Revista de Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, v. 45, p. 84, nota 11, outubro/dezembro de 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1947.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*, 3^a. ed, , Rio de Janeiro, Forense, 1987.

MOURA BITTENCOURT, Edgar de. *O Juiz*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1966.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. 1^a Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *La justitia penal en España*. Pamplona: Arazandi, 1998.

OLIVEIRA, Edmundo. *In. Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

_____. *O Tribunal do Júri na Administração da Justiça Criminal nos Estados Unidos. Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. 1999. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

PEREIRA MORALLES, Luciana Campos. *Acesso à Justiça e Igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006,

PINTO DA ROCHA, Arthur. *O jury e sua evolução*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro e Murillo, 1919.

_____. *Primeiro Jury Antigo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904.

PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1996.

_____. “*Prerrogativa ou privilégio*”, Folha de São Paulo, 4 de jul. 2001

PLANCHADELL, Andréa. *El escabinado francés*. In: *Comentarios a La Lei del jurado*. Coord. AROCA M. A. e COLOMER J. L. G. Madri: Aranzadi, 1999.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Lingüística, Histórica, Social e Dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma Teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. 3ª. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

REBOLLO, Beatriz Sanjurjo. *Los Jurados em USA y em España: Dos contenidos distintos de una misma expresión*. Madri: Dykinson, 2004.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROCHA POMBO. *História do Brasil*. São Paulo, Melhoramentos, 13ª. Ed. 1966.

ROSSEAU, J. J..*O Contrato Social*. São Paulo: Cultrix, 1999.

_____. *Discurso sobre o fundamento da desigualdade dos homens*. São Paulo: Nova cultural, 1991.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

RUY BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo, Ed. Saraiva e Cia., 1934, VOL. VI.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo – para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado

_____. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental:alguns aspectos controversos*. In *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional*, Ed. Revista dos Tribunais, 4.a ed. 2005.

SENDRA, Gimeno, *Derecho Penal y Constitución*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Madri, 1982.

_____. *Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, in Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Madri, 1978.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. 1999. Dunod, Paris: Landy.

SHAPIRO, Martin, *Courts: A comparative and Political analysis*, Chicago: Universidade de Chicago, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 12^a ed., São Paulo, 1996.

SINHORETTO, Jaqueline. *Os justiçadores e sua Justiça. Linchamentos, Costumes e Conflito*. São Paulo: IBCcrim, 2002.

SOUZA LIMA, Carolina A. *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004.

SOUZA NETO. *Júri de Economia Popular*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4^a. Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZNICK, Valdir. *Liberdade , Prisão Cautelar e Temporária*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1994.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América - Livro I – Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Instituições de processo penal*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, 2º vol.

TORON, Alberto Zacharias. *As Ações Penais e o Foro Por Prerrogativa de Função diante do novo §1º do art. 84 do CPP*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.

TUBENSCHLAK, James. *Tribunal do Júri – contradições e soluções*, 5ª edição, São Paulo; Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria (coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

_____. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARGAS, José Clito de. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1922.

VASCONCELOS, Luiz Cruz de. *A Supressão do Júri*. Ceará: Instituto do Ceará, 1955.

VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional; processo penal*. 10 ed. Valencia: tirant lo blanch, v. III, 2000.

VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do Júri na Ordem Constitucional Brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.