

O JÚRI

VISTO POR SERRANO NEVES



ePub / pdf



GOIÂNIA, OUTUBRO DE 2010

COLEÇÃO TÊMIS DESVENDADA

O JÚRI VISTO POR SERRANO NEVES

O poder soberano e democrático com comentários à Nova Lei do Juri

Serrano Neves

Procurador de Justiça Criminal

<http://www.serrano.neves.nom.br>

serrano@serrano.neves.nom.br

pmsneves@gmail.com

REVISÃO 0.9 - out-2010

EDITORA LIBER LIBER

Clique para ir até o item

- 1 - JÚRI: UM PODER SOBERANO E DEMOCRÁTICO
- 2 - A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO JÚRI
 - 2.1 - HISTÓRICO
 - 2.2 - Constituição de 1824
 - 2.3 - Constituição de 1891
 - 2.4 - Constituição de 1934:
 - 2.5 - Constituição de 1937
 - 2.6 - Constituição de 1946
 - 2.7 - Constituição de 1967
 - 2.8 - Emenda Constitucional de 1969
 - 2.9 - Constituição de 1988
- 3 - O JÚRI COMO PODER DO ESTADO
- 4 - DO FATO-PENAL
- 5 - DA DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JÚRI
- 6 - DOS CASOS-LÍMITE MAIS FREQUENTES
 - 6.1 - Tentativa de homicídio versus lesão corporal
 - 6.2 - Legítima defesa
- 7 - ASPECTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL
 - 7.1 - DA INSTRUÇÃO
 - 7.2 - DA PRONÚNCIA
 - 7.3 - DO LIBELO TÁCITO
 - 7.4 - CONCLUSÃO.
- 8 - JÚRI – ENCERRAMENTO DA VOTAÇÃO OU DA VERIFICAÇÃO DOS VOTOS ?

- 8.1 - DO NOVO PROCESSO DE JULGAMENTO PELOS JURADOS
- 8.2 - DOS EVENTOS POSSÍVEIS NA APURAÇÃO DOS QUESITOS
 - 8.2.1 - DECISÃO POR 4x3
 - 8.2.2 - DECISÃO POR 5x2
 - 8.2.3 - DECISÃO POR 6x1
 - 8.2.4 - DECISÃO POR 7X0
 - 8.2.5 - RESUMO DA MAIORIA FORMADA NO
 - 8.2.6 - RESUMO DA DECISÃO NO
- 8.3 - CONCLUSÕES
 - 8.3.1 - DO FERIMENTO À GARANTIA DA SOBERANIA DO VEREDICTO.
 - 8.3.2 - DO FERIMENTO À GARANTIA DA PLENITUDE DE DEFESA
- 9 - DIAGRAMA DO JULGAMENTO PELA NOVA LEI DO JÚRI
- 10 - ART. 59 – A CULPABILIDADE NA SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI
- 11 - DO CASO RESULTADO TRAZIDO A EXAME
 - 11.2 - TABELA VERDADE DA PROPOSIÇÃO LEGAL
 - 11.3 - FUNDAMENTOS DA IRRECORRIBILIDADE
 - 11.4 - CONCLUSÃO
 - 11.5 - POSSÍVEL QUESTIONAMENTO DA IRRECORRIBILIDADE PARA A ACUSAÇÃO.
- 12 - PRONÚNCIA – QUALIFICADORA DA DIFICULTAÇÃO OU IMPOSSIBILITAÇÃO DA DEFESA DO OFENDIDO.

1 - JÚRI: UM PODER SOBERANO E DEMOCRÁTICO

§ 1º *A petição de habeas corpus conterà:*

"El Jurado examinado desde el aspecto jurídico y social es una de las instituciones cuya razón de ser y legitimidad no pueden ponerse en duda. Es el paladin de las libertades populares; es una institución enlazada al desenvolvimiento de las libertades políticas. Si la libertad no ha de ser una ironía, admitir la conciencia pública en los juicios penales es corolario de todo Gobierno libre. La participación de los ciudadanos en la administración de justicia es uno de los grandes principios de la moderna democracia representativa."

(F. MANDUCA - El Procedimiento Penal y su Desarrollo Científico, trad. de Angel Pintos y Pintos - La Espana Moderna, Madrid, 1888

Os críticos do júri apontam soluções que vão desde transformá-lo em um colegiado de juristas até extinguí-lo, imputando-lhe produzir soluções aberrantes, absurdas, injustas, destoantes da lei ou da vontade social(1), mas não chegou ao meu conhecimento nenhuma proposta de fazer com que o júri expresse com clareza o que lhe está destinado na Constituição e na legislação inferior.

(1) - "Os desvios sinceros, inconscientes, involuntários, fazem-se no mesmo sentido que os que se produziriam conscientemente, voluntariamente, para defender a posição adotada pelo indivíduo, seja ela material, intelectual ou afetiva."

(A. Sauvy, A Opinião Pública, trad. de Geraldo Gerson de Souza, DEL, 2ª ed., São Paulo, pág. 31)

Qualquer centro de decisões será alvo de críticas negativas, pois a unanimidade de acatamento jamais existirá.

Se o corpo de jurados for encarado como uma representação da sociedade, mesmo admitindo que seus componentes tenham, todos, uma base uniforme de educação e cultura, não será possível afirmar que o grupo julgador, somente por isto, vá produzir decisões amoldadas a essa base. É que o indivíduo quando transita livremente no meio social tende, exatamente por conta de uma certa uniformidade, a expressar-se de modo uniforme se as coisas a seu redor também se passam de modo uniforme. Se as coisas ao redor do indivíduo se desequilibram a conduta igualmente se desequilibrará e a expressão socialmente aceita tenderá para uma expressão individual cada vez mais nítida na medida em que o desequilíbrio faz aumentar a pressão sobre o indivíduo.

Destarte, ainda que oriundos do mesmo corpo social o grupo sob pressão adotará um comportamento que poderá ser conflitante com o do corpo de origem(2).

(2) - "... talvez fosse preferível afirmar que as normas jurídicas são formuladas em resposta a determinadas pressões sociais." - "As contradições que estão no Direito, são as contradições presentes na sociedade."

(Fernando Noronha, Direito e Sistemas Sociais, UFSC, 1988, pág. 68/69)

Ora, se levada em conta a desuniformidade de educação e cultura numa

comunidade brasileira típica, será visto que os sete assentos poderão vir a ser preenchidos com características que vão de um extremo a outro: de um lado poderá haver uma pluralidade tal que represente o corpo social mas que, por isso, indica pouca possibilidade de decisão uniforme; do outro lado poderá haver uma uniformidade que indique maior possibilidade de decisão uniforme mas que não representa o corpo social(3).

(3)- "Impõe-se condições - e não de importância secundária - desde o instante em que se considera a sociedade como formação heterogênea. A heterogeneidade deve ser encarada como manifestação da presença do tempo no seio dos sistemas sociais.

(Georges Balandier, As Dinâmicas Sociais, Sentido e Poder, trad. de Gisela Stock de Souza e Hélio de Souza, DIFEL, São Paulo, 1976, pág. 58)

A prática já me apresentou listas dos jurados formada, no grosso, por não-locais-transitórios, na tentativa de assegurar imparcialidade a custo do pouco ou nenhum conhecimento da estrutura social local e pouco ou nenhum compromisso com ela. Também, já tive contato com corpos de jurados mais ou menos estáveis que, por conta de ação ou omissão de outros personagens, nunca souberam que podiam manusear os autos, fazer perguntas às testemunhas ou pedir esclarecimentos. Na quase totalidade, os jurados com os quais conversei, não tinham consciência da dignidade e relevo da investidura, sendo perceptível que, ao ignorarem isto, o comportamento como julgadores se desviava do eixo central.

Quer a consciência dos jurados se ponha toda ao lado da defesa social, quer seja tão egoísta que sua decisão seja para formar jurisprudência em causa própria, o equilíbrio demorará muito a se estabelecer se os jurados forem deixados à própria sorte e continuarem a ter contato com proposições também absurdas ou aberrantes; com a guerra particular entre acusação e defesa; e com a relativa indiferença de seu presidente togado(4).

(4)- "Cinco mil anos depois da descoberta do ferro o homem inventou a dinamite, muitos séculos mais tarde construiu o primeiro submarino e o primeiro aeroplano. Sua arte de matar outras criaturas tornou-se, então, quase perfeita. Daqui a outros cinquenta mil anos, talvez seu cérebro obtuso comece a compreender a verdade tão evidente, de que matar é uma tarefa louca e que ele poderia empregar melhor o seu tempo, em empresas mais proveitosas"

(Henry Thomas, citado por Moisés Santana Neto, O Júri e o Caso Concreto, UNIGRAF, Goiânia, 1984)

Vejo não haver necessidade de uma reengenharia no júri - como alguns pregam, mas de mudança de postura institucional. Enquanto juizes e promotores acharem que o júri julga mal, e o advogado achar que é mais fácil obter em plenário a absolvição de seu cliente, o júri continuará isolado de sua verdadeira função, sendo manipulado como um mero instrumento para obtenção de resultados.

O progresso jurídico dos últimos anos não ajudou muito, a partir de que os membros das instituições de caráter jurídico se intitularam "operadores" do direito.

A inserção do termo "operador" no contexto jurídico o torna vago. Vindo do latim operator, oris, que significa também obreiro tem a mesma raiz que operarius, ii, cujo significado é operário, trabalhador, tudo conforme opera, ae, cuja gradação de significado é trabalho, ocupação, cuidado, não sendo encontrado nada que elevasse o nível de compreensão ou extensão do termo acima daquilo que se conhece como "fazedor".

Poderia ser tentado um conteúdo genérico para salvar o termo, tomando para opera o significado de ação, de modo a permitir que fosse indagado o quê o operador está fazendo, mas isto só comprovaria a indefinição do termo. O impacto intelectual que o termo operador causa é o de alguém fazendo funcionar uma máquina, e isto não é bom para a imagem de quem opera nem para o paciente sujeito à operação, ou processo.

Os que se intitulam operadores do direito precisam dizer com clareza quem é o seu patrão: se a ordem jurídica; se o direito positivo; se a justiça; se a consciência; ou se a propositada indefinição que lhes permite camaleônica presença em qualquer faixa do espectro. Preferiria - e aceito a crítica de ser um pensador cartesiano - o termo "integrador"(5), que é um operador definido, cujo conteúdo e função foi mostrado pelo mestre Reale no processo de nascimento da norma e, portanto, como se diz vulgarmente, tem tudo a ver com o direito, quer enquanto ordem superlativa, quer enquanto ordenamento jurídico positivo, quer como direito concreto.

(5)- A Jurisprudência é uma ciência normativa (mais precisamente, compreensivo-normativa) devendo-se, porém, entender, por norma jurídica bem mais do que uma simples proposição lógica de natureza ideal: é antes uma realidade cultural e não mero instrumento técnico de medida no plano ético da conduta, pois nela e através dela se compõem os conflitos de interesses, e se integram renovadas tensões fático-axiológicas, segundo razões de oportunidade e prudência (normativismo jurídico concreto ou integrante)." (grifos nossos)

(Miguel Reale, Teoria Tridimensional do Direito, 2ª ed. revista e atualizada, Saraiva, São Paulo, 1979, pág. 61)

Este proposital desvio visou mostrar que o corpo togado oriundo de faculdades de direito que apenas ensinam código não está atento para o exercício de funções superiores de concepção e desenvolvimento, bastando-se com um momento final da produção jurídica.

Esta conjuntura é uma etapa de um processo de desenvolvimento, e como produto cultural é até útil sob certos aspectos, vez que nesse campo a sociedade vai estar sempre produzindo uma demanda maior do aquilo que a estrutura judiciária pode atender. É a dinâmica sócio-cultural do final do milênio: menos filosofia e mais ação, dada a velocidade com que as coisas acontecem. No entanto, não se pode perder de vista que as instituições devem ser conservadas, embora momentaneamente os fundamentos filosóficos das ações sejam colocados de lado em nome da praxis. Em nome dessa praxis estão aí os juizados itinerantes, coisa que no velho oeste americano acontecia no

lombo de cavalo.

A tendência, é que a duração dessa conjuntura leve os participantes ao estresse, por causa da repetição sistemática de simples resultados isolados de sua origem por um imenso fosso cultural.

O mundo jurídico não é um mundo especial, tanto que uma grande produtora sueca de veículos, detectou este fenômeno de estresse, eliminou linhas de montagem e constituiu grupos para produzirem por inteiro um veículo, num processo de integração (bipolaridade e implicação necessária) entre a concepção e o resultado, dentro do qual, evidentemente as linhas de realimentação têm importância fundamental.

Assim é, que não basta a reformulação do ensino jurídico nem a da praxis jurídica, isoladamente e, seja o fenômeno de natureza singular ou universal, é um problema brasileiro a merecer uma solução brasileira afeita a nossa cultura e dinâmica social, sem deixar de levar à conta que o júri é local, referido a uma comunidade ou pequeno grupo de comunidades. De passagem, observe-se que o cidadão de um pequeno município com cultura autônoma, que é termo judiciário de uma sede maior, com cultura diversa, não tem assegurado que será julgado por seus pares sociais, pois o corpo de jurados(6) da cidade grande nem sempre representa com suficiência a população da área sobre a qual se estende sua competência.

(6)- "É nesse momento, então, que cai a máscara ideológica do idealismo jurídico comum

tanto ao jusnaturalismo racionalista quanto ao positivismo normativista - idealismo esse que levava ambas as correntes doutrinárias a apresentar como científicas determinadas concepções políticas sobre a ordenação das relações sociais. O idealismo pode ser definido como um processo de inversão da realidade mediante invocação de um pensamento racional. Ao permitir uma aceitação acrítica do direito positivo, ele oculta as origens históricas tanto de suas categorias quanto dos interesses políticos nelas subjacentes. Ao projetar um conhecimento pretensamente objetivo, recusando questões metodológicas que articulam os planos da explicação e da realidade, ele também transforma a imparcialidade em instrumento para a socialização dos valores dominantes tutelados pela ordem jurídica."

(José Eduardo Faria, organizador, A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança, UnB, 1988, pág. 16)

Democracia é exercício, dizia eu aos meus alunos de Direito Penal a partir da Carta de 88, e é igual ginástica: no começo é maçante e dolorida, os resultados não se apresentam a curto prazo, e o abandono da prática, ainda que por curto período, se não leva à descrença quanto ao resultado, põe o indivíduo, no mínimo, fora de forma. Um corpo democrático não se constrói à custa de anabolizantes ou de coquetéis vitamínicos, mas de exercício sistemático.

Não há o que repensar para o júri, pois muito já se pensou e repensou aqui e em outros países.

A história mostra que praxes importadas podem produzir algum resultado a curto prazo, mas logo entrarão em conflito com a cultura, e

cultura não se importa nem se exporta. A cultura se forma e toma forma pela sucessão das gerações, não comportando saltos ou hiatos temporais. A etnia brasileira teve seu ponto de partida há poucos quase quinhentos anos, por povos que já acumulavam cultura e por influências outras que fizeram um caldo ainda hoje meio ralo, digo, com todo respeito(7).

(7)- "A propósito das situações coloniais, Wirth valoriza o distanciamento cultural entre o grupo dominante, portador de uma civilização avançada, e o grupo subordinado, que não dispõe de técnicas para expansão e é, muitas vezes, portador de uma folk culture.

(Georges Balandier, As Dinâmicas Sociais, Sentido e Poder, trad. de Gisela Stock de Souza e Hélio de Souza, DIFEL, São Paulo, 1976, pág. 171)

Os mais bem preparados, que ocupam posições de destaque na sociedade, precisam entender que pertencem a uma elite, não a uma casta superior. Uma elite que deve parar de erguer muralhas para defesa de seus privilégios e passar a partilhar, com o que ela gosta de chamar de povo, os conhecimentos e as práticas que poderão construir uma sociedade livre, justa, solidária e brasileira.

2 - A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO JÚRI

O inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 88, que cuida do júri, veio, para os mais jovens, como um avanço democrático em relação ao dispositivo que cuidava do assunto no diploma de 69.

Vale a pena verificar como a instituição do júri foi tratada na história constitucional, para ver que o texto de 88 constitui uma afirmação da vocação democrática.

2.1 - HISTÓRICO

Os artigos das constituições tem como fonte a publicação do Senado Federal: **Constituições Brasileiras**. As citações doutrinárias que acompanham os artigos tem como fonte:

Comentários à Constituição do Brasil / Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins. - São Paulo : Saraiva, 1988

2.2 - Constituição de 1824

Art. 151 - O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes e Jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem.

Art. 152 - Os Jurados se pronunciam sobre o fato, e os Juizes aplicam a lei.

"A Constituição outorgada de 1824, embora sem deixar de trazer consigo características que hoje não seriam aceitáveis como democráticas, era marcada, sem dúvida, por um grande liberalismo que se retratava, sobretudo, no rol dos direitos individuais que era praticamente o que havia de mais moderno na época, como também na adoção da separação de poderes que, além dos três clássicos, acrescentava um quarto: o Poder Moderador." (pg. 285)

2.3 - Constituição de 1891

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 31 - É mantida a instituição do júri.

"Conquista importante foi feita no terreno das garantias constitucionais que não constavam do texto anterior. A Constituição Federal de 1891 se vê aclamada pelo utilíssimo Habeas Corpus, instrumento jurídico de grande valia na repressão às prisões indevidas e aos atentados ao direito de locomoção em geral. Ele não era desconhecido em nosso direito. Na verdade, fora introduzido pelo Código Criminal de 1830, traduzindo-se em ato de grande importância, sendo agora guindado ao texto Maior.." (pg. 296)

2.4 - Constituição de 1934:

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

"Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1934 não apresenta relevância. É, no fundo, um instrumento circunstancial que reflete os antagonismos, as aspirações e os conflitos da sociedade daquele momento, mas que estava fadada a ter uma curta duração, abolida que foi pelo golpe de 1937.

O matiz dominante dessa Constituição foi o caráter democrático com um certo colorido social. Procurou-se conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico social; o federalismo com o unitarismo; o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental." (pg. 302)

2.5 - Constituição de 1937

Outorgada por Getúlio Vargas, não tratou do assunto, mas, editada em 10 de novembro de 1937, em 5 de janeiro de 1938 foi baixado o Decreto Lei n.º 167, que foi denominado por Lei do Júri:

Art. 2 - O Tribunal do Juri compõe-se de um juiz de direito, que é seu presidente, e de vinte e um jurados, sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento.

"A Constituição, portanto, era na verdade uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época pela qual ficava nítido que o País se inseria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal.

É bem de ver, contudo, que a importância de ser do texto acabou por não ser grande, visto que não houve necessidade de pô-lo realmente em vigor. Essa vigência só decorria dos termos do art. 187 que rezava: Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República." (pg. 307 e 308)

2.6 - Constituição de 1946

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

§ 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contando que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o

juízo dos crimes dolosos contra a vida.

"A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas as que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934.

Com isto o Brasil procurava definir o seu futuro em termos condizentes com os regimes democráticos vigentes no Ocidente, da mesma forma que dava continuidade à linha de evolução democrática iniciada durante a Primeira República. Era, portanto, um reencontro com suas origens pretéritas, saltando-se o obscuro período do Estado Novo." (pg. 312 e 313)

2.7 - Constituição de 1967

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 18 - São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

"Ponto muito importante foi a redução da autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores."

"Sem embargo a Constituição de 1967 foi uma tentativa de agasalhar princípios de uma Constituição democrática, conferindo um rol de direitos individuais, liberdade de iniciativa, mas onde a todo instante se sente a mão do Estado autoritário que a editou." (pg. 321)

2.8 - Emenda Constitucional de 1969

Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 18 - É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

"Ao mesmo tempo em que desprezava o direito constitucional - porque tudo no fundo brotava de atos cujo fundamento último era o exercício sem limite do poder pelos militares - não se descurava, contudo, de procurar uma aparência de legitimidade pela invocação de dispositivos legais que estariam a embasar estas emanções de força." (pg. 326)

2.9 - Constituição de 1988

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 e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com 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.*

O tratamento dado à instituição do júri mostra dois afogamentos nas

águas turbulentas de regimes fortes. A carta de 37 não a contemplou, mas o regime houve de dar vida ao júri através de Decreto Lei até que a carta de 46 lhe desse as feições que tem atualmente. Em 69 foi suprimida do texto constitucional a última prerrogativa, mas a instituição permaneceu incólume, respirando o oxigênio democrático que lhe era ministrado pela vocação do povo, voltando ao texto constitucional na forma da carta de 46, em 1988.

3 - O JÚRI COMO PODER DO ESTADO

O texto da atual constituição é uma novidade democrática para os que aprenderam a ler a partir de 1969, de tal sorte que, já na segunda infância, não foi notado com a evidência merecida o substancial avanço em relação ao texto de 1946.

Historicamente a instituição do júri foi mantida, e a sua melhor configuração constitucional (1946) estava inserida numa carta em que o poder emanava do povo:

Art. 1º - Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República.

Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

Acontece que a Carta de 88 estruturou-se com um avanço significativo no exercício do poder pelo povo:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

"O que se procura, no processo de criação do poder ou poderes, é a legitimidade. Lógico está, pelo visto, que há necessariamente no problema da legitimidade, presença de forças representativas. Em verdade, o exercício do poder ou poderes encontra base na sociedade política organizada. A priori nos elementos institucionais, territoriais, grupais, religiosos, permanentes nas relações humanas." (1)

(1)- Teoria Geral do Estado/Wilson Accioli - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985 - pág. 25

Em decorrência da nova disposição, no texto relativo ao júri substituiu-se o termo mantida por reconhecida.

Com tal alteração ficou o júri com um nível mais alto no bojo constitucional. Primeiro, a soberania(2) do veredicto alçou-se de simples e aceita dicção democrática tradicional, para forma de exercício direto do poder. Segundo, ao ser reconhecida a instituição(3) elevou-se do patamar da vocação

democrática para o de poder do Estado, eis que a faculdade de formação de vontade que caracteriza a ação política (poder = instituição) passou a integrar o ordenamento jurídico e o júri passou a ter a dúplice expressão necessária para o exercício pleno: a pertinente à ordem jurídica - que sempre teve e permitia a aceitação de suas decisões e a pertinente ao ordenamento jurídico(4) - que a coloca como expressão do Estado junto a um dos poderes de governo (judiciário).

(2-- "O vocábulo "soberania" não tem, para o júri, a mesma extensão que para o Estado. Enquanto o Estado é soberano porque o seu poder se opõe a outros poderes (Jellinek), para o júri, a soberania é expressão do poder político, segundo anota Verdù: "capacidade de uma pessoa ou conjunto de pessoas de impor suas decisões a uma comunidade, determinando sua obediência", que detém autoridade, como escreve MacIver: "por autoridade, referimo-nos ao direito firmado, dentro de qualquer ordem social, a fixar diretrizes, pronunciar julgamentos sobre questões relevantes e a decidir controvérsias".

(Citações de Wilson Accioli, in Teoria Geral do Estado, Forense, Rio de Janeiro, 1985.)

(3) - "O Estado é institucionalização do poder, mas esta não significa apenas existência de órgãos, ou seja, de instituições com faculdade de formação da vontade; significa também organização da comunidade, predisposição para os seus membros serem destinatários dos comandos vindos dos órgãos do poder. (...)"

(Jorge Miranda, citado por Celso Ribeiro Bastos in Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, São Paulo, 1988).

(4) - "Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico,

elaborada por Kelsen. Esta teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento."

(Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, Polis, Brasília, DF, 1991 - pág. 49)

Quem leu Montesquieu com a devida atenção sabe (mas alguns não gostam de dizer) que a tripartição se refere às três funções capitais. O célebre mestre não seria insano de, mesmo à sua época, engessar o Estado no governo tripartido, sob pena de estar passando para o Executivo um poder superlativo(5). Então, a leitura da constituição (em todas as épocas) deve ser feita a partir de que o Estado (ente jurídico superlativo) se manifesta através de seus poderes, um dos quais é o Governo, que se triparte nas ações capitais típicas. No sistema presidencialista, a Chefia do Governo se confunde com a Chefia do Estado, na mesma pessoa, causando um baixo nível de distinção entre os atos praticados pelo mandatário supremo.

(5)- De sorte que o importante é não abandonar a aplicação do princípio da divisão dos poderes, conforme recomendam alguns publicistas, sob a alegação de que é incompatível

com as exigências da época moderna; o importante é descobrir-lhe novas condições de aplicabilidade, adaptando-o aos critérios modernos, sem, no entanto, descaracterizá-lo, ou despojá-lo de sua essência e propósito originais.

(Wilson Accioli, in Teoria Geral do Estado, Forense, Rio de Janeiro, 1985.)

Não existe hierarquia ou subordinação entre os poderes do Estado, mas é evidente que a própria organicidade dos poderes deflui do Governo.

O exame superficial da estrutura induz a erro por causa da evidência do texto no estabelecimento das atribuições dos agentes políticos que representam os poderes do Estado. Mas, será pelo exame destas atribuições, antes mesmo de afirmar que toda referência constitucional a uma instituição é a assinalação de um poder, que se pode enxergar momentos distintos em que o Chefe do Governo exerce o seu primeiro predicado de Chefe do Estado (a dúplici predicação é decorrente do sistema presidencialista).

Seja visto o texto sobre as forças armadas:

Art. 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de quaisquer destes, da lei e da ordem.

Claríssimo está pela missão da defesa da Pátria que seu comandante supremo lhe dá ordens como Chefe do Estado mas, por outro lado para

restabelecer a ordem constitucional interna sua missão independe da ordem de seu comandante supremo e alcança o Chefe do Estado ainda que a desordem causada seja por conta de ser Chefe do Governo.

Isto situa as forças armadas ao lado do Governo embora restrito o campo da sua faculdade de formação de vontade à garantia dos poderes constitucionais.

O Ministério Público tem ação contra os poderes do Governo e do Estado:

Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

A Defensoria Pública defende aqueles que o governo quer mandar para as prisões:

Art. 133 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Não pudesse uma dessas instituições se voltar contra os governantes e o

Estado seria a pessoa deles como já o quis LUIZ XIV: - O Estado sou eu.

Todas as referências dadas, assim como o júri, estão classificadas como instituição. Logo, todas são poderes do Estado, não havendo razão para ordená-las a partir da tripartição pois o Governo é um dos poderes do Estado que tem tríplice expressão.

O Júri tem caráter especial porquanto a investidura do cidadão no poder direto é temporária. Seu funcionamento sob a presidência de um juiz togado (Poder Judiciário de Governo) não lhe tira o status nem o subordina. É que o júri exerce a soberania do veredicto sobre proposições jurídicas que só podem emanar do órgão que detenha o poder de dizer o direito. Simples: o Governo (Poder Judiciário) para decidir sobre questão relevante (bem jurídico vida) chama o Estado para dizer-lhe se naquele caso o direito e qual direito deve ser aplicado.

Ao fazer perante o júri uma proposição jurídica o Governo exerce o poder-dever que lhe foi delegado, mas reconhece que está num limite no qual, se decidisse sozinho, correria o risco de contrariar o delegante.

O júri, como poder do Estado, julga com o mesmo grau de poder e autoridade com que o Presidente da República, como Chefe do Estado, concede o indulto e comuta penas (art. 84, XII, da CF).

A clássica composição do Estado em povo, território e governo, como o mínimo de elementos para sua existência, mostra pela natureza dos

componentes que um povo pode ocupar um território e estabelecer um governo, mas um governo não se estabelece para atrair um povo e ocupar um território. No fundo, é da natureza humana o sentido social de organização estável sob comando, e o Estado passa a ter existência quando representa a integração política e jurídica da sociedade(6). Esta afirmação tem sentido metajurídico, por propor um objeto ideal mas, como o próprio direito tem como seu objeto ideal a Justiça, poderemos, no plano deste estudo tratar o Estado como objeto cultural - ente jurídico de direito internacional.

O Estado é a integração política e jurídica da sociedade, como conclui nas minhas reflexões sobre processo penal e teoria geral do Estado.

(6) - O termo integração tem significado e precisão importados da linguagem matemática, ou seja, é um processo que permite obter a expressão de uma função quando suas variáveis excursionam num determinado intervalo. (Cálculo Diferencial e Integral, André Delachet, tradução de Gita K. Ghinzberg, DEL, São Paulo, 1964)

A excursão visa mostrar que o texto constitucional vigente, único na história a ter expresso o regime democrático (art. 127 da CF), reconhece que o povo delega com reserva de poderes. No caso do júri, a reserva é peculiar: a soberania do veredicto.

CF - Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Quando da edição da carta vigente, alguns desinformados tentaram invalidar a hipótese de recurso quando o júri decidisse manifestamente contrário à prova dos autos.

Não houve dificuldade em informá-los, pois o recurso existia ao tempo da carta de 46. Nem mesmo foi necessário invocar o duplo grau de jurisdição. Bastou assinalar que é exigível do soberano que examine a proposição de direito que lhe é feita, e se não o faz na primeira vez, deverá examiná-la uma segunda vez, ocasião em que pode, definitivamente, recusá-la.

Na primeira vez, a proposição é um objeto cultural e pede ao soberano um objeto correspondente (proposições equivalentes no plano do ordenamento jurídico)(7) que, não obtido, leva à re-proposição, ocasião em que o soberano contrapõe um objeto ideal (proposição superior no plano da ordem jurídica) e encerra a questão.

(7) - Critério formal, segundo Norberto Bobbio in Teoria do Ordenamento Jurídico, Polis, Brasília-DF, 1991.

Assim é que o poder soberano do júri, por ter livre trânsito no cultural e no ideal, assusta ou atemoriza os juristas de menor vocação democrática ou com menor compreensão do Estado, os quais estão constantemente a dizer que o júri deve se subordinar aos objetos culturais imediatos, contrariando assim a própria natureza humana que não vive sem os objetos metafísicos.

O poder soberano é tão evidente que a segunda decisão de mérito transita em julgado assim que proferida, eis que sobre ela não cabe recurso. A esse formidável poder será submetido o

cidadão. Um poder Estatal contra o qual não pode o Governo (Judiciário), daí a imperiosa necessidade de construir uma proposição corretíssima do ponto de vista fático e jurídico(8), de modo a não expor a julgamento pontos frágeis ou duvidosos, sob o argumento simplório e inválido - como será visto adiante - de que o júri é o "juiz natural" dos crimes dolosos contra a vida ou que qualquer dúvida pode ser resolvida em favor da sociedade(9).

(8) - "A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados, impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes."

(Hélio Tornaghi, citado por Rogério Lauria Tucci, in Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal, Saraiva, 1993, pág. 22)

No entendimento de Rogério Lauria Tucci (ob. cit.), o processo penal, na consecução do bem comum, apresenta dupla finalidade: a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, e a garantia da sociedade. Não se detectou na doutrina que a segunda finalidade deva prevalecer sobre a primeira, ao contrário do que pretende firmar a jurisprudência. A garantia da sociedade é dada pelo Código Penal, enquanto a tutela da liberdade individual é dada pelo Código de Processo Penal. Como o primeiro só se realiza através do segundo, não é comportável num Estado Democrático de Direito que o processo penal deva ceder em relação a seus princípios para oportunizar a realização do direito penal.

4 - DO FATO-PENAL

A compreensão do que é um fato-penal depende do artifício de imaginar que nenhuma alteração produzida por ação humana no mundo exterior ao agente constituiria crime se inexistisse o direito penal. O artifício serve para estabelecer a premissa de que os fatos produzidos por ação humana no mundo exterior ao agente ocorrem numa realidade que independe do direito. Quer tais fatos produzam uma alteração mais sensível a um observador - como no caso da quebra de um objeto, quer produzam uma alteração menos sensível - como no caso de uma pergunta que movimenta o intelecto do interlocutor, a cadeia causal que liga a ação humana ao resultado constitui o que um observador isento denominaria de realidade fática. É certo que o observador humano totalmente isento não existe, mas é possível entender que, por exemplo, uma câmara de vídeo que grave a cena de uma ação humana produzindo uma alteração no mundo exterior ao agente é um observador isento, capaz de apreender uma informação e não valorá-la sob nenhum aspecto. No entanto, o observador humano assistindo o conteúdo da fita tenderá a atribuir-lhe um valor, construindo, assim, um objeto cultural(1).

(1) A nostro avviso, la mente dell'uomo, osservando una serie di fenomeni naturali da un particolari punto de vista, unifica concettualmente alcuni di essi in una unità minima di osservazione.

(Manlio la Rocca, Studi sul Problema del Fatto nel Processo Penale, Dott, Napoli, 1966 - pág. 9)

A insistência na obviedade visa deixar bem claro que os valores não criam fatos nem existem independente de fatos com os quais possam implicar-se. A teoria tridimensional exposta pelo Prof. Reale aplica-se a outros objetos culturais que não o direito, tanto que, um mesmo fato pode ser submetido a vários prismas valorativos produzindo, na implicação com cada um, um espectro específico de objetos culturais, sem que a estrutura da teoria ou o fato sofram alteração.

Até que informações mais precisas assentassem que a Terra gira em torno do Sol, afirmava-se e acreditava-se o contrário, mas o fato permaneceu o mesmo. Logo, os fatos possuem propriedades que são próprias para conferir-lhes a identificação num campo do mundo da cultura se o observador possuir o prisma capaz de refratar a propriedade buscada. Quer dizer, fato e valor possuem uma implicação necessária e uma bipolaridade como explicou o Mestre Reale, em qualquer ramo da ciência.

Assim é que a materialidade de um fato - e estamos propositadamente confundindo, neste passo, materialidade com resultado - deve primeiro ser submetida ao crivo do campo da cultura ao qual tem pertinência imediata (v.g.: a morte de um homem examinada primeiro pelo médico legista) para verificação da existência (ou não) das propriedades que lhe confere identidade no campo jurídico(2). Por isto é que toda a aparência de um bárbaro homicídio cai por terra ao afirmar o médico legista que a ação humana aconteceu, desde o início, sobre um cadáver. Por isto, também, é que toda aparência de uma apropriação indébita se desfaz diante do mandato não revogado(3).

(1) Essendo il concetto di fatto un'astrazione, creata da un processo di concentrazione di fenomeni in una unità minima di osservazione, è evidente che mutando uno qualunque degli elementi osservati, muta il fatto.

(Manlio la Rocca, Studi sul Problema del Fatto nel Processo Penale, Dott, Napoli, 1966 - pág. 9

(2) "Abbiamo detto che il fatto materiale, il quale sotto un profilo di logica formale, entra per primo in esame ai fini della costruzione della nozione di reato, presenta un mero carattere naturalistico. Vale a dire il fatto può essere dal giudice constatato con l'ausilio di un metodo sperimentale, al di fuori di ogni valutazione che concerna il suo carattere antigiusuridico: una cosa è stabilire l'esistenza di un fatto tipico (causazione della morte di un uomo) e altro stabilire se il fatto con il quale è stata realizzata in concreto l'ipotesi delictuosa prevista dalla norma, è un fatto lesivo di un bene tutelato (causazione illecita della morte di un uomo)."

(Giuseppe Bettioli, Diritto Penale, G. Priulla Editore, Palermo, 1945, pág. 147/148)

Penetrar na essência do fato para descobrir-lhe as propriedades é operação de caráter inarredável, a exigir extremo cuidado na identificação entre o fato e o tipo penal. Ou seja, as ciências da pertinência imediata dos fatos deverão esgotar seus acervos neste mister, no sentido de evitar o pronunciamento jurídico sobre uma aparência de fato.

Errar é humano, não me esqueci.

As propriedades juridicamente definidas que alocam um fato no campo do direito penal tem a sua existência no acontecer do fato(4), permitindo dizer que a ação humana que causa um determinado resultado no mundo da realidade, causa o resultado jurídico, e as cadeias causais fática e jurídica são congruentes(5) temporais, embora a primeira seja determinante do segundo.

(4) Serão imensas tanto a clarificação como a simplificação das nossas idéias, e incalculável o progresso dos nossos esforços na secular tarefa de racionalização do real,

quando passarmos a aceitar como postulado fundamental de quaisquer investigações intelectuais esta idéia tão ingenuamente simples e intuitiva: tudo o que é ou existe só é ou existe porque dura, ainda que seja a infinitesimal fração de um pequenino instante.

(Almir de Andrade, *As duas Faces do Tempo*, USP, São Paulo, 1971 - pág. 345)

(5) Também a noção de congruência, que é fundamental para a determinação da homogeneidade do espaço geométrico e para a orientação das nossas relações com o mundo exterior, só pode originar-se de uma experiência de movimentos, com a translação de figuras para outro lugar e a verificação métrica da preservação da sua forma e tamanho.

Almir de Andrade, ob cit. - pág. 344)

Everardo da Cunha Luna, citando Welzel às páginas 61 de *O Resultado no Direito Penal* (J.B., São Paulo, 1976), anotou:

"A causalidade, normativa tratada, constitui a causalidade jurídica, não no sentido de uma causalidade especial (17), com caracteres próprios, independente do conceito causal ontológico, mas no sentido de que é a própria causalidade ajustada aos fins do direito, limitada, valorizada. A cultura não se contrapõe à vida e desta não se afasta; antes, faz estendê-la, enriquecê-la. Se houvesse uma causalidade jurídica especial, deveria haver, igualmente, uma realidade do direito independente da realidade pura. O que não é ação na realidade, não é ação no direito; o que não é resultado naquele, neste não é resultado; o que não é causalidade na primeira, não é causalidade no segundo. Mas nem tudo o que é ação, causa e resultado no mundo da natureza, é ação, causa e resultado na esfera do direito. Na limitação, no modo de encarar a realidade, está o sentido jurídico."

Existe uma consciência comum entre os filósofos e os juristas, embora

cada um se expresse na sua própria linguagem, o que torna dispensável intentar conceituar o fato-penal como especial, eis que um fato é penal por ter um caráter penal e ser atribuível ao seu autor igual responsabilidade . Do mesmo modo um fato é estético por ter um caráter estético e ser atribuível ao seu autor igual responsabilidade. CAMMARATA (citado por La Rocca) não cometeu excesso ao afirmar que *"il concetto di fatto é dato dalla somma di tutti elementi necessari per l'esistenza del reato"*, mas creio que DELITALA (citado por La Rocca) desfez a implicação necessária ao afirmar que *"la determinazione del concetto di fatto... prescinde tanto dal momento dell'antigiuridicità quanto da quello della colpevolezza, e si riporta unicamente allla materialità del reato, come descritta nella fattispecie legale"*.

Na mesma linha podemos tomar Manzini:

(6)- *"Il fatto costituente reato deve essere considerato non solo nel suo elemento psicologico (...), ma altresì nella sua essenza fisica, cioè in relazione alla sua materiale rispondenza al tipo criminoso preveduto dalla legge penale, ovvero in rapporto alla quantità o alla qualità dell'attività fisica, esecutiva, explicata dall'agente."* (6)

(Vincenzo Manzini, Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1913 - pág. 87)

Na verdade, seja o conceito de crime o formal, o material, o sintomático, o analítico, ou qualquer combinação destes, observa-se que o trabalho do doutrinador consiste em fazer variar a compreensão e a extensão do termo,

porém, existe um limite para a compreensão que impõe ao conceito um mínimo de essência(7), sem a qual o conhecimento não se formaria. Então, posso afirmar que crime (A) e conceito de crime (B) não podem se confundir, pois A é B (8) e, portanto, crime é o termo que expressa o juízo(9) sobre o fato-penal.

[7] - "A lógica do conceito supõe a existência de qualidades determinadas, de tipos constantes. É a lógica da essência. "

(Henri Lefebvre, Lógica Formal/Lógica Dialética, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2ª ed., pág. 142)

[8] - "A é B": essa fórmula, do ponto de vista lógico formal, apresenta-se paradoxalmente. Não obstante, é a forma de todo juízo, o qual liga por intermédio do verbo "ser" (chamado de cópula em lógica formal) um sujeito e um atributo que não seja repetição do sujeito: "Esta tinta é azul". A forma de todo juízo, desde que tenha um conteúdo, aparece portanto como sendo irreduzível à forma pura.

(Henri Lefebvre, ob. cit. - pág. 143/144)

[9] - É um juízo analítico, já que explicita e analisa o conceito. Sua forma, por conseguinte, não difere da forma "puramente" analítica, ou seja, daquela que é expressa em A é A.

(Henri Lefebvre, ob. cit. - pág. 144)

Não se cuida de transformar o direito num exercício de lógica formal, mas de fixar a relatividade dos componentes do fato-penal, reduzindo a margem de erro, de tal modo que o fato narrado na denúncia (proposição provável)

apresente identidade com o fato-penal, e a instrução possa se dar no campo dialético caracterizado pela contrariedade e contraditório. Destarte, observa-se que a denúncia, embora sendo uma proposição lógico-formal, abre o ciclo do pensamento dialético, o qual irá ser fechado pela sentença, que é também uma proposição lógico-formal. E não é apenas uma questão de garantia processual, pois não seria mera coincidência que o pensamento lógico guardasse tal semelhança com o pensamento jurídico(10).

[10] - Se aprofundada, a lógica formal não proíbe o pensamento dialético. Ao contrário: mostra a possibilidade dele, abre-se para a sua exigência, sua espera, seu trajeto; "funda" a necessidade desse pensamento. A lógica formal remete à dialética, pela mediação da lógica dialética. Depois, esse movimento se inverte, e a lógica formal aparece apenas como redução do conteúdo, abstração elaborada, elemento neutro (vazio, transparente) de toda investigação.

(Henri Lefebvre, ob. cit. - pág. 24)

5 - DA DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JÚRI

Diz o texto constitucional que o júri é competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

No processo, o fato penal passa por uma série de proposições que evoluem no curso da perseguição: no inquérito (ou informação) é proposição de possibilidade (é possível que o fato seja um crime); na denúncia o possível se transforma em provável, e na decisão alcança o estágio de provado (certeza

processual).(1)

[1] - É conveniente, para compreensão da hierarquia das proposições, consultar no apêndice o artigo Das Formas Lógicas no Processo Penal.

No rito ordinário a certeza processual coincide com a verdade real, e esgota a dicção sobre o fato.

No rito do júri - primeira fase - a pronúncia que manda a julgamento não alcança a verdade real, pois a dicção sobre o fato só será esgotada pelo pronunciamento do colegiado. Ao estacar na declaração de que o fato penal(2) é um crime doloso contra a vida, a pronúncia estabelece a certeza processual. Nada mais.

[2] - As expressões fato penal e crime doloso contra a vida estão grifadas para distingui-las como objeto cultural, e embora por razões estéticas não apareçam grifadas em todo o texto, mantém a identidade inicial.

As decisões de pronúncia costumam referir-se, singelamente, à materialidade e autoria como bastantes. Embora seja possível, através de algumas operações mentais, entender que o juiz quis referir-se à materialidade de um crime doloso contra a vida, ou seja, a um fato penal classificado, sujeito a julgamento pelo júri, falta ao conteúdo da declaração a correspondência com o objeto da declaração, o que lhe dá um caráter ambíguo no que tange à verdade processual, isto é, a materialidade e a autoria, que são apenas parte do fato penal, tanto servem para uma pronúncia quanto devem ser reconhecidas

para a absolvição sumária.

A exigência processual é de que o pronunciante se convença da existência de crime doloso contra a vida, e a pronúncia se justifica somente se o fato penal for um crime doloso contra a vida, em atendimento à remessa constitucional da competência para o júri.

A referência à materialidade apenas assinala a existência de um resultado amoldado a um tipo pronunciante da ilicitude, isto é, parte do fato penal, embora sejam qualidades determinantes. Pela materialidade apenas se inicia a perquirição sobre a essência do fato penal, cuja conclusão tanto pode ser a da existência do fato doloso penal quanto a do fato indiferente penal.

Ainda que se queira dar extensão à materialidade, é de todo impertinente que se queira incluir as variáveis subjetivas, porquanto a materialidade ocupa um intervalo temporal-espacial cujo extremo inferior é o início da execução, não incluindo, por conseguinte, a vontade do agente, a qual existirá antes que a execução seja iniciada. A materialidade estendida se reduz à aparência do fato penal, podendo levar o observador a erro, pois o elemento vontade nem sempre é sensível na aparência.

Destarte, a materialidade, ainda que estendida, não satisfaz o conteúdo da declaração da existência de crime doloso contra a vida.

A carga jurídica exigida para que o fato penal se sujeite a julgamento pelo júri é que constitua um crime doloso contra a vida e não apenas uma

materialidade contra a vida. Basta ver que numa defesa legítima (defender-se matando) o resultado pode extremar-se no dolo (vontade do resultado) a partir de que a potência lesiva do agressor antecipe o verbo secundário, e a repulsa, desde o início, seja uma necessária uma defesa mortal (matar para defender-se).

A declaração de pronúncia haverá, então, necessariamente, de conter expresso o objeto sobre o qual recai, não podendo deixar que seja apreendido por exclusão ou por conclusão.

Do ângulo lógico-jurídico, a competência constitucional do júri é expressa no objeto crime doloso contra a vida, de tal modo que inexiste a menor dúvida quanto ao conteúdo da vontade ou quanto ao conteúdo da declaração no texto magno. Ora, a competência em concreto só se afirmará na hipótese em que a declaração de pronúncia tenha objeto congruente com o objeto da declaração constitucional.

Se o juiz não declara - com as razões de seu convencimento - que o fato é um crime doloso contra a vida, deixa de exercer a jurisdição prelibatória porque não encerra a fase processual. Duas são as hipóteses mais comuns: na primeira a pronúncia se contenta com a materialidade e a autoria e na segunda a pronúncia diz o que o fato penal não é. Nas duas hipóteses a conclusão fica por conta do leitor, isto é, a declaração só se tornará inteligível se completada com outras operações mentais (raciocínios)(4) revelando, com

isto, que, exatamente, o prolator deixou de fundamentar o argumento final, deixando-o ambíguo(5). Em termos processuais, deixar de expressar o juízo equivale a não ter feito o juízo(6) e permite afirmar que a declaração não contém o objeto exigido.

[4] - Raciocínio é a conclusão que se tira de uma ou várias proposições conhecidas para outra desconhecida. É marcha do conhecimento para o desconhecido.

[5] - Argumento é a expressão material do raciocínio, constituído pelas proposições e termos, e pelo artifício de sua disposição.

[6] - Juízo é o pronunciamento da conveniência ou inconveniência entre duas idéias, que se adequa à solução do contraditório entre acusação e defesa.

A sede processual é a mais inadequada para exercícios de rebuscamento lingüístico ou experiência com novas formas de comunicação. Não que se queira colocar rédeas nas canetas, mas a precisão e clareza são exigidas nas declarações judiciais porque aqueles que estão sujeitos a elas devem compreendê-las a partir do próprio enunciado, sem a necessidade de explicações ou operações mentais integradoras.

Não pode o direito contentar-se em que o prolator escreva o "pronuncio" para concluir que o fato penal é um crime doloso contra a vida, pois estaria sendo aplicado o critério da autoridade(7) do juiz como revelador da certeza processual. Por certo, apenas pelo "pronuncio", se não confio no critério da autoridade, posso refazer o raciocínio em busca do juízo, o que também não

satisfaz ao direito, por se tratar de uma forma de integração extra-sentença.

[7] - "A autoridade, em ciência, perde muito de sua importância, se as afirmações não forem acompanhadas de comprovações." (Imideo Ggiuseppe Nérici, Introdução à Lógica, Nobel, São Paulo, 1976, pág. 20)

"Pronuncio" é apenas o termo sacramental que, após a declaração de que o fato é um crime-doloso-contra-a-vida, assinala que o prolator obrou por conta do art. 408 do Código de Processo Penal.

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Ora, se a competência do júri só se estabelece para o caso concreto e a partir do trânsito em julgado da declaração de pronúncia, nada mais claro que o julgador que conclui ser o fato penal um crime doloso contra a vida é o juiz togado. Daí que o júri - salvo a retórica - não é juiz natural de coisa nenhuma, é apenas juiz competente para dizer sobre a juridicidade (tipo), ilicitude (crime) e culpabilidade de uma proposição feita pelo juiz togado.

Não é a escolha inicial do rito que estabelece a competência do júri, pois três são os casos em que o processo se desvia do impulso inicial: a desclassificação, a impronúncia e a absolvição sumária. A escolha do rito se funda na possibilidade da proposição inquisitorial enquanto distribuição, e na probabilidade da proposição acusatória enquanto ação, mas não significa que,

necessariamente, a fase será encerrada com a pronúncia. Uma observação mais aprofundada mostrará que a primeira fase nada tem de preparatória, vez que tem começo, meio e fim. O que acontece, na prática, é que a acusação crê ser bastante exibir, ou quando muito repetir, o conteúdo dos autos encerrados com a pronúncia. Na verdade, a segunda fase, já na competência do júri, é iniciada com a pronúncia transitada em julgado.

A primeira fase do rito do júri é técnica, devendo a prova ter caráter legal estrito. No plenário do júri, o devido processo legal não inclui o caráter estrito da prova, podendo o júri exercer sua soberania com base em simples argumentos desacompanhados de comprovação.

Desta forma, como já venho sustentando, a função do juiz togado é a de formular uma proposição juridicamente correta sobre a existência de crime doloso contra a vida, não lhe favorecendo a dúvida. No entanto, existe um limite em que o juiz pode estar diante da dúvida fundada(8), ou seja, pelo conjunto probatório, a afirmação de ser o fato penal um crime doloso contra a vida é tão verdadeira quanto falsa. Neste caso, e somente neste, a solução "pro societate" nada tem a ver com juiz natural, e sim com delegação, quer dizer, o delegado para dizer o direito não pode dizê-lo sob pena de errar, e remete o caso ao delegante (povo = júri) soberano. Por isto, não deixa de exercer a jurisdição togada, pois a devolve ao delegante mediante uma declaração que possibilite o exame da hipótese.

[8]- Segundo Nérici (ob. cit.) a dúvida consiste no estado de espírito que não se atreve a afirmar ou negar algo do objeto, pelo que suspende o juízo. A dúvida é refletida (ou fundada) quando resulta do exame dos dados, mas que se revelam insuficientes à inteligência que os examina, para assumir uma posição definida.

6 - DOS CASOS-LIMITE MAIS FREQUENTES

Os casos-limite se apresentam nas hipóteses em que o fato-penal sob exame se distingue de outro fato-penal apenas pelo ânimo do agente, sendo comum a imposição, pelo juiz togado, de uma dúvida não refletida.

6.1 - Tentativa de homicídio versus lesão corporal

O homem é punível pelo que faz, segundo a sua vontade e determinação em fazer, portanto, a adequação típica de um fato não pode deixar escapar que a vontade do agente deve coincidir com a vontade do tipo. Qualquer que seja a corrente teórica não se pode excluir que aquele que admite o resultado morte como desdobramento de sua ação causal quer matar. Seja através de longa premeditação ou de ímpeto vê-se que a vontade e a determinação atingiram o ponto ideal para a ação, sendo desnecessário perquirir a intensidade da vontade se a ação se realiza.

O tipo do homicídio não sugere gradação do resultado - ou o indivíduo morre ou fica vivo. Destarte, qualquer questão sobre a intensidade da vontade cai no desvão das coisas inúteis pois a "menor" vontade de matar é capaz de

causar o mesmo resultado que a "maior" vontade, mostrando que a vontade do tipo é apenas detectável, ficando a dimensão da vontade do agente rebatida para a medida da culpabilidade.

Na primeira fase do rito do júri o juiz só lida com a culpabilidade nas hipóteses que a excluem (art. 23 do CP). Fora das hipóteses legais pouco importa que o juiz togado perceba com toda clareza que o cidadão não é culpado pelo crime-doloso-contra-a-vida, pois não poderá emitir declaração exculpante sem invadir a competência do júri. O impedimento do juízo da culpa faz com que a fase técnica se torne árida, e por árida tormentosa, eis que para a autoria basta que o juiz se convença da suficiência de indícios (provável autor), mas quanto ao crime é preciso que se convença da existência (ausência de dúvida) dele. Portanto, o dolo deverá estar no tipo, sob risco de se remeter a julgamento a questão de ser ou não ser o fato-penal um crime-doloso-contra-a-vida.

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

O crime, enquanto realidade fática sob apreciação jurídica, contém uma dimensão temporal pouco explicada pelos juristas. Sabemos bem que o crime se inicia com a execução e se aperfeiçoa com a consumação. Se, iniciada a

execução a consumação não vem a ocorrer por circunstância alheia à vontade do agente, fica reconhecida a existência de um intervalo temporal entre os extremos, passível de interrupção, fazendo com que a exteriorização da vontade possa tornar-se de difícil identificação. Se atiro na cabeça e acerto no pé, mas circunstância alheia à minha vontade me impede de prosseguir, a tradicional fórmula de Câmara (instrumento, número e sede dos golpes) me dá uma lesão corporal. Para chegar ao homicídio tentado não basta que a vítima diga que aponte a arma para seu crânio, pois o que ela viu pode não corresponder à minha vontade. O cerne da prova é o desvio não desejado.

No plano jurídico, causa, condição ou circunstância são equivalentes, mas no plano da realidade fática são distintas. A relação de causalidade fática não se resume na causa e efeito, respectivamente, o antecedente e o conseqüente no aspecto temporal newtoniano.

Um cientista dos fatos não diria que a água entra em ebulição aos 100° Celsius sem dizer que isto ocorre nas CNTP (Condições Normais de Temperatura e Pressão). Isto nos leva a concluir que uma causa, em condições tais, produzirá determinado efeito se inoocorrerem circunstâncias que alterem os elementos antecedentes.

Ora, quem detém a vontade e a determinação de produzir o fato, espera que o resultado ocorra e, portanto, crendo que as condições são as ideais, ficará frustrado se as condições se alterarem no curso da ação. Para o agente a

alteração não desejada é circunstancial, acidental, não desejada, alheia à sua vontade.

A causalidade jurídica e a causalidade fática devem guardar correspondência biunívoca entre os elementos que as compõe. Isto significa, embora a afirmação encerre a obviedade, que só existe na tentativa de homicídio se for iniciada a execução de um homicídio e, portanto, a exteriorização da vontade é a própria ação. A fórmula de Carrara quando aplicada ao resultado induz a erro grave por incluir o acidental. No entanto, se aplicada ao início da execução, poderemos ver que a direção da vontade se determina pela escolha que o agente faz dos meios e modos que considera ideais. O tormento trazido por alguns casos pode ser afastado se a conjuntura que antecede o início da execução puder ser restaurada. Como em tese o motivo para o crime pode ser experimentar o próprio crime (amoralidade extrema), pode-se afirmar que todo crime tem motivo - e ninguém tem o direito de dizer se o motivo é bastante ou não. Assim, a "moral" da história em que a tartaruga vence o coelho na corrida está presente desde a primeira palavra do texto, embora só seja impressa no final como uma conclusão. A simples materialidade de a tartaruga vencer a corrida é um indiferente moral pois, na verdade, o coelho queria ganhar e tinha condições para tal, não fora dormir demais(1).

[1] - "Il punto fermo dal quale bisogna partire è che il 'fatto', come la situazione, è il frutto di un'astrazione: il fatto in sè, isolato dal resto della storia non esiste."

(Carnelutti, citado por La Rocca)

A materialidade aponta para um resultado típico, mas não determina que a vontade de produzi-la seja a vontade pedida pelo tipo para o qual aponta. Logo, a declaração de pronúncia deve referir-se - e fundamentar - que iniciada a execução de um homicídio (crime-doloso-contr-a-vida) este se consumou ou não (materialidade).

6.2 - Legítima defesa

Não se cuidará, evidentemente, de examinar a excludente sem antes verificar se o fato penal está aperfeiçoado.

Ao trabalhar no final da primeira fase o juiz togado deve verificar se o crime não foi atingido por alguma causa que exclua a pronúncia. Sendo comum, na fase técnica, que a defesa alegue a licitude da ação, repara-se que o caso vai a julgamento pelo júri, às vezes, com a declaração de que a excludente não restou clara. Das quatro figuras do art. 23 do Código Penal, uma é rígida - estrito cumprimento do dever legal - e as outras três são flexíveis.

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

No estado de necessidade "considera-se" algo "razoável"; na legítima defesa "entende-se", e no exercício do direito o "regular" alcança a conjuntura temporal e espacial.

Numa comparação física, o estrito cumprimento do dever legal é uma bola de bilhar, rígida, enquanto as outras figuras seriam balões de soprar, expansível até o limite em que a elasticidade da borracha ou impede a expansão ou o balão explode.

Se observarmos que o balão tende a manter a forma geométrica (esférico, oval, oblongo, etc.) na medida em que aumenta ou diminui de volume, ver-se-á que o fato-penal não perde a identidade com o tipo justificante, embora fique menor ou maior. Destarte, o "considerar-se", o "entende-se" e o "regular" correspondem à forma geométrica e não ao volume do balão, de tal sorte que o reconhecimento da excludente é, por exemplo, a operação em que se possa, por exemplo, reconhecer e declarar a forma oval, quer seja ovo de passarinho, quer seja ovo de avestruz.

A comparação pode parecer rasteira, mas assegura que não poderei imprimir deformações na geometria do tipo justificante e, portanto, se alguma coisa deve resultar clara é a semelhança de forma geométrica entre o fato-penal e o tipo justificante, jamais, também por causa do conteúdo humano, deverá resultar clara qualquer identidade ou congruência.

7 - ASPECTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1o A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

7.1 - DA INSTRUÇÃO

Já assentado que o juiz do fato-penal é o Juiz togado, evidentemente, e até pela contundência do termo “convencido”, a fase singular reveste-se de características de um processo de conhecimento. Ao afirmar esta obviedade, quero chamar a atenção para um aspecto sobre o qual ainda não vi que a doutrina se dedique, que é o objeto sobre o qual pode recair o conhecimento do juiz.

Percebo, inicialmente, que atropelos de leitura ou de tradução podem ter induzido a um erro fundamental, que precisa ser corrigido. É comum que se diga que o que não está nos autos não está no mundo, e isto vem do latim "Quid non est in actis non est in mundo".

"Actis" plural de "actus", significa ato, e ato é ação, é um fazer, um praticar. (1)

[1] - ATO - derivado do latim actus, de agere (levar, conduzir), tem o sentido de indicar, de modo geral, toda ação resultante da manifestação de vontade ou promovida pela vontade da pessoa. É tudo que acontece pela vontade de alguém.

(DE PLACIDO E SILVA - VOCABULÁRIO JURÍDICO - Vol. 1 A-C.)

"Actis" jamais poderia ser traduzido por autos, porque auto vem do grego "autós", cujo significado no vernáculo é auto(2), ou narração escrita e autenticada de qualquer ato.

[2] - AUTO - Por sua origem (do grego autos, significando próprio, por si mesmo, autônomo), em sentido genérico, possui o conceito de tudo o que pode se mostrar por si mesmo, independente de outro elemento, por ter vida própria ou por se encontrar comprovado por si mesmo.

(DE PLACIDO E SILVA - Vocabulário Jurídico - Vol. 1 A-C.)

Assim, um auto de prisão em flagrante é a narrativa autenticada do ato de prender em flagrante.

O plural "autos" significa coleção de peças pertencentes a um processo.
(3)

[3] - Mas, em acepção mais estrita, notadamente na linguagem forense, indica todo termo ou toda narração circunstanciada de qualquer diligência judicial ou administrativa, escrita por tabelião ou escrivão, e por estes autenticada ... No plural, designa todas as peças pertencentes ao processo judicial ou administrativo, tendo mesmo sentido que processo, constituindo-se da petição ... sentença, etc.

Veja-se que, se não existe no processo o auto (assentada, termo, ata, etc.) de um ato, não existe o auto nos autos mas, não existir nos autos é conseqüência de que o auto do ato não existe. Então, não só a tradução correta é "o que não existe nos atos", como ato, na espécie só pode ser aquele que, num processo de conhecimento, seja presidido pelo juiz, conduzindo a interpretação do aforismo no sentido de que o juiz deve formar seu convencimento conhecendo de atos que tenha presidido ou mandado realizar.

(4)

[4] - A sucessão do atos processuais - A polícia Judiciária procura evitar a dispersão do meios ou que os culpados iludam a ação da justiça realizando uma função preparatória e auxiliar; o Ministério Público, exercendo a ação penal, requer a intervenção do órgão jurisdicional e a justa atuação da lei; e ao julgador incumbe a função de atuar efetivamente, até o ponto de executar as sanções que impuser. Exceto os atos pré-processuais da Polícia ou do Ministério Público, todos os demais, especialmente os do julgador, constituem, em seu conjunto, o processo penal, ainda quando intervenham neles, alguns particulares (testemunhas, peritos) obrigados ou autorizados pelo processo penal (assistente). Todos estes atos unidos pela indicada finalidade comum, não ficam sobre o arbítrio do juiz ou das partes, mas estão disciplinados singular e coletivamente pelo direito processual penal. Este prescreve as formas que se deve observar na execução de cada um deles, ao mesmo tempo que estabelece a ordem de proceder ou o procedimento que é preciso seguir, consistente numa espécie de programam ou método de atuação. Neste sentido sem dúvida que os atos processuais são jurídicos, posto que se encontram definidos e coordenados pelo direito. Tal

sistema assegura inalteráveis formas substanciais do processo, constituindo uma garantia para a sociedade e para o indivíduo. Formam, assim, os atos processuais uma série gradual, progressiva e fundamentalmente concatenada. A sucessão desses atos se decompõe em momentos, fases ou graus de fins específicos.

(ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS - DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO 1ª Edição/1971 Vol. II pag. 543 Ed. Sugestões Literárias S/A, citando Velez Mariconde - studios de Derecho Procesal Penal - Vol. II - pags. 39-41).

A conclusão pode parecer precipitada diante da impressão comum de que o inquérito policial enquanto autos de autos de atos presididos pela autoridade policial pertencem aos autos do processo. (5)

[5] - No Brasil, adota-se, no processo penal, o sistema acusatório. Quanto à fase prévia do inquérito policial, já vimos que se trata de procedimento administrativo, e não de fase do processo. Por isso, o fato de não ser ele contraditório não contraria o processo acusatório. No processo civil, corresponde-lhe o princípio da ação.

(ANTÔNIO C. DE ARAÚJO CINTRA, ADA P. GRINOVER E CÂNDIDO R. DINAMARCO - TEORIA GERAL DO PROCESSO 6ª Edição/1986 Pag. 28 - Editora Revista dos Tribunais)

No entanto, algumas observações conduzem a que, não sendo um objeto judicializado, eis que qualquer outra coleção de documentos serviria para impulsionar uma ação penal, o inquérito policial pertence a categoria de informação oficial, ou proposição possível (ver ... em Das Formas Lógicas no Processo Penal). Como informação serve de orientador para a denúncia e para o contraditório da instrução criminal mas, se o contraditório se frustra resta

impossível a declaração condenatória, e dizem que por violação ao devido processo legal. Porém, vou mais além, dizendo que a sentença condenatória fundada apenas no inquérito policial estaria homologando um procedimento inquisitorial. E, não existe sentença de natureza homologatória no processo penal. E, até mesmo homologação de sentença estrangeira (Art. 787 a 790 do PC) é um processo de conhecimento da espécie constitutiva. (6)

[6] - São ações penais constitutivas o pedido de homologação de sentença penal estrangeira (Código de Processo Penal, art. 789), o de extradição passiva, estatuído em lei especial, e o de revisão criminal, previsto nos arts. 621 e seguintes do mencionado Código - verdadeira ação rescisória do julgado penal.

(ROGÉRIO LAURIA TUCCI - JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO PENAL - Edições CEJUP, 1984 - pag. 57).

Ora, então o juiz não pode conhecer do inquérito policial para formar seu convencimento. E não pode porque o inquérito policial não é um objeto judicial, e, se não o é como um todo, nenhuma de suas partes também o é.

O sumário do júri transcorre diante do juiz togado, juiz esse ao qual, para plena garantia do acusado, é vedado conhecer de um objeto não judicial. Ora, se na sua competência condenatória o juiz é o zelador das garantias de um contraditório efetivo, não se vê sentido de que como preparador (não gosto deste termo) possa dispensar tais garantias.(7)

[7] - Bem ao reverso, reclama o processo penal de conhecimento, especialmente o de caráter

condenatório, na segunda fase da persecutio criminis - da instrução criminal, - o contraditório efetivo, real, a fim de que perquirida, com absoluto rigor, a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado. Além do que, o direito deste à contraditoriedade real assume a natureza de indisponível, dada precipuamente, a impessoalidade dos interesses em conflito; sendo, portanto, indispositivo. E só assim, indubitavelmente, apresenta-se a contraditoriedade (real e indispositiva, - repita-se) como autêntica expressão de sua liberdade jurídica, tal como, em outra oportunidade, deixamos assentado, aduzindo a indispensabilidade, também, da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, a fim de resguardar-se devidamente, e como de mister, o ius libertates.

(ROGÉRIO LAURIA TUCCI - DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO - Ed. SARAIVA/1993, pag. 42)

Assim é que entendo aplicar-se - e para mim estou sendo óbvio - à primeira fase do rito do tribunal do júri todas as garantias inerentes ao processo ordinário condenatório. (8)

[8] - Num procedimento de autêntica "garimpagem" (já que não podemos ficar exclusivamente no contraditório e no direito de ampla defesa), iremos explicitando, sob nossa ótica, o que o devido processo legal compreende: a garantia da produção de prova, da manifestação de razões e pretensões, da igualdade das partes, do duplo grau de jurisdição, do juiz natural: referidas figuras são explicitações de uma garantia fundamental, qual seja a de participar. Garantir ao litigante a possibilidade de influir no processamento do feito e na sua decisão constitui o conteúdo do direito de participar. Pela tradição de nosso Direito, tudo leva a crer que o mais importante do devido processo pode ser resumido no contraditório e na ampla defesa. Os institutos que aí não couberem destinam-se a

desenvolver e a reforçar sempre os dois elementos principais.

(JOSÉ CIRILO VARGAS - PROCESSO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS Ed. DEL REY/1992, pag. 139).

Por outro ângulo, sabido que é que, no plenário do júri os trabalhos podem se resumir aos debates, mas sabido também que o contraditório probante pode ser produzido, ou seja, é facultativo, não se poderia entender que o inquérito policial pudesse ser levado diretamente ao colegiado julgador, sob pena de ser reinstalada a inquisição. Logo, o imperativo de levar ao júri uma proposição judicial, envolve que o contraditório sobre o fato-penal deva existir na primeira fase do rito, necessariamente.

Então, e mais uma vez, não pode o juiz togado formar seu convencimento, para efeito de declaração de pronúncia, em atos do inquérito policial que não tenham sido convertidos em objeto judicial por um ato do juiz. (9)

[9] - Las situaciones procesales se forman por los actos procesales, de suerte que éstos pueden definir-se como aquellos actos de las partes o del Juez, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades o cargas procesales o la dispensación de cargas.

(JAMES GOLDSCHMIDT - PROBLEMAS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DEL PROCESO PENAL - BOSCH Casa Editorial, pag. 48).

Examinando o inquérito policial, vê-se que contém os indícios da autoria e da existência de crime, em regra, e seria simples adequar seu conteúdo à letra da lei (Art. 408 do CPP), o que tornaria possível a declaração de pronúncia

com base do inquérito policial, exclusivamente, caso a instrução não pudesse acontecer de forma processualmente segura. Tal raciocínio exigiria pelo menos dois argumentos falsos: primeiro dar-se à peça informativa o benefício da verdade, tornando-a irretorquível; segundo, erigir a ausência do contraditório à categoria de dúvida em prol da sociedade.

CPP - Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Não estou a destruir os inquéritos policiais nem a criar espaço para a impunidade, para o que evitar, passo a demonstrar.

Os inquéritos policiais são verdadeiros extratos mágicos, quando vistos de olhos abertos: tudo neles aparece tendo como única explicação o trabalho policial e, normalmente, a acusação se dedica a judicializar suas conclusões e indicadores, sem a preocupação de judicializar seus modos de operar.

Não é desconhecido dos militantes da área de tóxicos que muitas condenações se dão apenas com o testemunho judicializado dos próprios investigadores (os quais se tenta lançar no devão do descrédito por razões conhecidas). A admissão de tal prova não está calçada unicamente no juramento da verdade, calça-se, principalmente, na verdade real que o modo de operar conduziu à conclusão inquisitorial e, portanto como objeto judicializado, é bastante para condenação. Por isso, não haverá de faltar prova

a ser produzida pois, se desvalorizado o modo dos investigadores, desvalorizado haveria ser também o modo dos peritos, cujo esclarecimento em audiência seria, de antemão, suspeito.

Ainda, para manter fechadas as portas do desvalor e da impunidade, anoto que a defesa não tem o ônus de provar nada que não alegue, de tal sorte que, se a acusação não prova o inquérito policial, nada a defesa tem a fazer. Em resumo, o conteúdo do inquérito policial, enquanto proposição possível, não tem nenhuma força contra o indiciado, a bem de que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, não há porque estabelecer confusão entre a pertinência física do inquérito policial aos autos do processo, com o estar nos atos que poderão ser objeto de conhecimento, para formar o convencimento.

Ao concluir que é vedado ao juiz togado emitir declaração de pronúncia com base apenas no inquérito policial, alguns corolários surgem como impeditivos de artifícios processuais:

1) a conversão de objeto inquisitorial em objeto judicial não comporta o modelo formal de simples confirmação ou repetição (a clássica hipótese do "a testemunha confirma integralmente o depoimento de folhas prestado na fase policial).

2) as declarações do indiciado no inquérito policial não podem ser

erigidas contra ele na hipótese de declarar de modo diverso em juízo porquanto o benefício do silêncio nas duas oportunidades, e o que o desfavorece é a confissão judicial em desacordo com as demais provas judiciais. Observe-se que a confissão tem atribuição legal de valor (Art. 197 do CPP), podendo ser dito que ao reconhecer o Supremo Tribunal Federal o valor da confissão extrajudicial acorde com as provas dos autos (dos atos seria melhor), está dizendo, no fundo, que se não existisse confissão extrajudicial e o inquérito tivesse sido jogado fora, as provas dos autos seriam bastantes para a condenação, pois não poderia jamais dizer que sem confissão nenhuma, nenhuma condenação poderia ser imposta.

CPP - Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se ente ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Se dos objetos judiciais resultar fato diverso do constante do inquérito policial e, portanto, da denúncia, que, de qualquer modo exclua o crime, a existência do inquérito policial não pode ser erigida como dúvida em prol da sociedade, dado ao imperativo de que o juiz togado emita uma declaração sobre o fato-penal com base nos objetos judiciais que construiu.

7.2 - DA PRONÚNCIA

Na redação substituída o juiz deveria estar convencido da existência do crime e dos indícios de autoria.

Na nova redação basta o juiz estar convencido da materialidade do fato e dos indícios de autoria.

A denúncia que atrai a competência do júri deve, necessariamente, narrar um fato criminoso contra a vida, vez que o dispositivo que a rege não foi alterado:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

O fato criminoso é composto pelo fato-espécie-material, fato-espécie-legal, autor e vínculo de atribuição (ou imputação).

Sendo o júri competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, a nova redação deverá ser interpretada de forma sistêmica, a partir da denúncia, para ser possível concluir que a materialidade do fato e os indícios de autoria constituem um crime doloso contra a vida, assim firmando a competência do júri.

A idéia de simplificar os trabalhos do júri não pode abalar a consistência de uma competência definida na Constituição.

Art. 5º ...

XXXVIII - 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;

Sob essa luz, a redução de “existência do crime” para “materialidade do fato” como tentativa de evitar que o pronunciante discursasse sobre atribuição e culpa ou sobre tais conclusões, não tem razão de ser, à vista de que, se a denúncia deve conter o elemento culpa para efeito de ser recebida a instrução que conduz à pronúncia deve concluir pela culpa mesmo que pela simples declaração de tratar-se de crime doloso contra a vida.

NULLUM CRIME SINE CULPA, e deste princípio não pode o rito do júri se afastar, de tal modo que a proibição constitucional de declarar o réu culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória não alcança o “caminho da culpa” nas ações penais, ou seja, a garantia veda a conclusão que produza efeitos, mas não veda a perseguição da culpa: a culpa acompanha o fato e o autor a partir do fato-espécie-material e passa por sucessivas fases de verificação no curso da ação penal, mas só produz efeitos após o trânsito em julgado.

Convencer-se da materialidade e declarar os motivos de tal convencimento continua sendo uma operação tão fundamental quanto convencer-se da existência de crime e declarar os motivos de tal convencimento.

Nada mudou quanto à necessidade de fundamentação pois a decisão de pronúncia não é homologatória da denúncia.

A dificuldade trazida pela nova redação é que os elementos subjetivos do tipo vinculados a valores e antes valorados a partir de configurações imateriais ou intangíveis, agora estão sujeitos a que a materialidade de sua existência seja descrita como fundamentação do convencimento.

A idéia do legislador em evitar que a pronúncia carregue uma indicação de culpa capaz de influenciar os jurados parece boa até o momento em que impõe uma vedação..

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

A vedação carece de sentido, senão vejamos:

1. a decisão de pronúncia não poderá conter indicação de culpa capaz de influenciar os jurados e, se contiver, terá havido erro por parte do juiz (efetivador), do promotor (garante) e do Advogado, fazendo com que seja iníquo levar tal pronúncia a julgamento por conter prejuízo para o acusado, ou seja, não passaria de uma tentativa de ocultar o erro, violando o princípio da publicidade;

NOTA: o processo é público e a vedação recai sobre os debates, sendo legítimo, em nome da plenitude de defesa, distribuir cópia da decisão aos 21 jurados antes do julgamento ou aos 7 durante, e nem precisa de pedir para ler. Na mais extrema das hipóteses deve o Advogado, em nome da plenitude de defesa, fazer a referência que beneficia seu defendido e “criar” o caso, podendo, antes do julgamento, impetrar mandado de segurança para garantir o direito líquido e certo à plenitude de defesa que é, nada mais nada menos do que a proibição indireta de limitação imposta por legislação infra-constitucional.

2. decisões posteriores que julgaram admissível a acusação: são decisões de cortes superiores que estariam sendo, em processo de natureza pública, cobertas por segredo;

NOTA: ver nota em 1.

3. uso de algemas: o réu, se presente, estará algemado, o que significa, para qualquer mortal, uma forma de contenção indicadora de que é, de algum modo, perigoso;

NOTA: considerado que o acusado solto não está obrigado ao comparecimento vez que o julgamento não será adiado por isto (art. 457, CPP), é legítimo que o acusado preso possa também não comparecer, vista a equivalência da posição de ambos em relação ao julgamento: nenhum dos dois pode ser considerado culpado e a presença obrigatória do réu preso (fato que o Advogado pode denunciar pela via da questão de ordem) pode representar para os jurados a indicação da culpa que se quis evitar que a pronúncia indicasse. A via para liberar o réu preso do comparecimento (sempre por decisão dele) é o Habeas Corpus preventivo: todos são iguais perante a lei.

O aqodamento do legislador está registrado na expressão “como argumento de autoridade”.

Argumento de autoridade é, com certeza, o argumento da pronúncia feita por um experto, ou perito, que é o caso do juiz togado.

O argumento do juiz togado  argumento de autoridade porque atende os requisitos fundamentais “ad verecundiam”:

- . provm de fonte legítima e legal (poder judiciário)**
- . provm de pessoa especializada e investida (juiz)**
- . É conclusivo do livre convencimento motivado (fundamentação)**
- .  confiável (imparcialidade do juiz)**
- . segue a tendência de outros expertos (jurisprudência)**
- . está baseado em provas (instrução judicial)**

O juiz togado encerra sua jurisdição de conhecimento com a declaração de pronúncia que é o argumento de autoridade, a chamada verdade lógico-formal que representa “*acordo com as leis do pensamento, a partir de princípios ou definições anteriormente estabelecidas*” (1), qual seja uma conclusão com fundamento em fatos e disposições legais.

(1) Introdução  Lógica – Imideo Giuseppe Nérici – Nobel – 1976 – pág. 18

Ao espírito a verdade lógico-formal da pronúncia se apresenta pelo critério do consenso universal quando transita em julgado.

É quase certo que o legislador tenha querido se referir ao CRITÉRIO DA AUTORIDADE (autoridade de quem emite a declaração) contra o qual os jurados devem ser protegidos pois se apresenta como dogma.

Todo processo judicial é regido pela verdade objetiva “que se refere à conformidade do conhecimento com a coisa conhecida, ou a conformidade do pensar com o ser. Se digo que o céu está nublado, é preciso que, no instante que faça tal afirmação, o céu esteja, realmente, nublado”.

(2) Introdução à Lógica – Imideo Giuseppe Nérici – Nobel – 1976 – pág. 18

Na verdade, o que opera como proteção é a proibição de que o argumento da autoridade seja utilizado como critério da autoridade, qual seja, a pronúncia é uma verdade processual não porque o pronunciante é juiz, mas porque atende ao devido processo legal de sua constituição.

7.3 - DO LIBELO TÁCITO

O juiz togado encerra sua jurisdição de conhecimento com a declaração de pronúncia.

A pronúncia remete a um julgamento pelo júri.

A pronúncia não é uma homologação da denúncia visto que é dada após a instrução, é uma decisão que pode modificar a denúncia.

Conquanto a pronúncia torne certa a imputação para efeito de julgamento pelo júri (não podendo o libelo, na redação antiga, modificá-la), a supressão do libelo compromete a titularidade do órgão acusador que, à vista da supressão do libelo, cai numa posição indefinida, vez que estará de acordo com a pronúncia se não recorrer, e tal é apenas uma presunção pois a omissão produziria o mesmo efeito.

Enfim, sem o recurso ministerial o acusado estaria submetido a uma imputação tácita e o juiz togado transformado em acusador, na medida certa em que assina o ato de acusação perante o júri.

A nova redação assegura que o juiz togado apresente ao júri a acusação que ele mesmo formulou e, para garantir o CRITÉRIO DE AUTORIDADE foi proibida a referência à pronúncia.

Acontece que a pronúncia na sua nova forma é de livre composição, diferentemente do expurgado libelo cuja composição era articulada para formação dos quesitos, qual seja, a síntese ou concisão assegurava a clareza e a precisão.

Não será nenhuma surpresa se os quesitos primeiro e segundo continuarem a ser redigidos na conformidade da articulação do libelo expurgado, visto que outro modo sintético ou conciso de fazê-lo não existe.

A forma livre de composição da pronúncia enseja que as partes discutam com o juiz-presidente a formulação dos quesitos fundamentais, o que antes não

ocorria.

7.4 - CONCLUSÃO.

É possível atribuir pertinência às críticas dirigidas ao Júri, menos às de que deva ser extinto ou que sua composição seja privativa de bacharéis em direito. Extingui-lo significaria não querer aperfeiçoar a mais tradicional das instituições democráticas, exatamente no momento em que o país tem sua Constituição expressamente democrática. Tornar sua composição privativa de bacharéis em direito e impor limitações à garantias expressas significaria elitizar e minimizar a democracia

Entendo que o melhor caminho para o aperfeiçoamento da instituição do júri é reconhecer, em primeiro lugar e com urgência, que não se trata de um apêndice do poder judiciário, e que os jurados são chamados para exercer um poder-cidadão e não para servir ao poder. De resto, respeitar o cidadão-jurado, não com a oferta de privilégios, mas através da informação e da formação, de modo a formar o entendimento de que, se a Constituição prevê o exercício direto do poder pelo povo, o júri, com sua soberania de veredicto, é a mais pura forma deste exercício.

Na prática, é possível que todos achem o júri uma coisa chata, sem sentido, teatral, de alto custo em dinheiro e tempo, e muitas outras coisas mais, tudo como argumento para criar “celeridade” ritual que dê supedâneo a uma

estrutura judicial que ainda não encontrou o caminho da informação e se perde em arrazoados e fundamentos que mais tentam legitimar o “poder” do que resolver as questões de modo claro e eficaz.

8 - JÚRI – ENCERRAMENTO DA VOTAÇÃO OU DA VERIFICAÇÃO DOS VOTOS ?

Na democracia, ao contrário dos regimes autocráticos, a publicidade é a regra e o segredo a exceção, sendo certo que esta excepcionalidade é justificada, como diz Norberto Bobbio, "quando garante um interesse protegido pela Constituição sem lesar outros interesses igualmente garantidos"

(Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Citado in Democracia e segredo - Gustavo Henrique de Aguiar Pinheiro -

<http://www.opovo.com.br/opovo/opiniao/777573.html> - acessado 08.02.09 13:30

Chega ao Gabinete da 23ª Procuradoria de Justiça – MPGO a primeira ação penal do novo rito do júri, com recurso que ataca o “encerramento” da votação dos quesitos.

Ao exame do caso, diante das modificações – nova lei do júri, depara-se com um flagrante erro de interpretação consistente em confundir o encerramento da votação sob sigilo com o encerramento da verificação dos votos.

O art. 486 está dizendo que o processo de votação começa com a distribuição das cédulas aos jurados.

Art. 486. Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

O art. 487 está dizendo como acontece a votação (resposta) aos quesitos, e dando a regra do sigilo.

Art. 487. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Sigilo vem do latim signum, com o significado de selo, como em litterae integris signis (carta por abrir), e a asseguaração do sigilo é prevista no art. 487, enquanto segredo (secretus) deriva de secerno, como em secretae artes (artes ocultas), e não são vocábulos sinônimos.

Sigilo é a guarda do segredo, como será examinado adiante.

Os jurados votam em segredo, isto é, podem ocultar a motivação do voto e isto lhes é abonado como garantia de sigilo, isto é, a garantia de que podem guardar o segredo e em nenhuma hipótese serem compelidos a revelar.

Conquanto o sigilo seja regra desde o século XVII na Inglaterra, o sigilo das votações é garantia já presente na Carta de 46 e que, retirada do texto pela Emenda de 69, continuou a ser garantido de ofício até retornar expresso na Carta de 88, não sendo razoável que por 42 anos tenha sido violado sem

oposição,

A Constituição usa uma única vez o vocábulo segredo, no caso, segredo de justiça (art. 14, § 11 - impugnação de mandato) e dez vezes o vocábulo sigilo, sendo:

No art. 5º:

XII – sigilo de correspondência;

XIV – sigilo da fonte para os jornalistas

XXXIII – sigilo de informação imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

XXXVIII – sigilo das votações no júri

LXXII, b – sigilo na retificação de dados

No art. 93:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

No art. 136 por duas vezes como restrição no estado de defesa.

No art. 139 como restrição no estado de sítio.

Nas disposições transitórias, 8º, &2º, como proteção política.

Das regras constitucionais de sigilo duas se destacam: a que faz reserva de

de informação imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (segredo com sigilo) (art. 5º, XXXIII, e a que supera a intimidade do interessado e quebra o sigilo em favor do interesse público à informação (sigilo sem segredo) (art. 93, IX).

O art. 93, IX, ao comandar que todos os julgamentos serão públicos, não estaria estabelecendo apenas que podem ter plateia assistindo, pois a sede constitucional do comando superior deve estar assegurando que o caráter público, salvo a garantia da intimidade (sigilo) que não prejudique o interesse da sociedade, contemple o conhecimento público do conteúdo do julgamento (fundamentação obrigatória).

Decerto os jurados não estão sujeitos à revelar a motivação, mas como não dispõem do *non liquet* seus julgamentos são fundamentados pelos votos sim ou não, conforme a lei:

Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Este artigo substitui o revogado 488 que dizia:

Art. 488. As decisões do júri serão tomadas por maioria de votos.

Enfim, os dois dizem a mesma coisa, conquanto o novo cometa um erro fundamental dado que, adotando existir um Tribunal do Júri esse seria composto pelos jurados e pelo juiz togado para efeito de competência conforme fica claro na revisão feita em 2008 que alterou o capítulo de

“competência do júri” para “competência do tribunal do júri” mas não alterou as competências do colegiado e do singular.

A expressão Tribunal do Júri é estranha ao texto constitucional e sua existência na lei adjetiva remonta à Carta de 1824:

Art. 151 - O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes e Jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem.

Art. 152 - Os Jurados se pronunciam sobre o fato, e os Juizes aplicam a lei.

Não esquecido que as demais Cartas (exceto a de 37) deram a instituição do júri como “mantida” e a Carta de 88 a deu como “reconhecida”.

Destarte, são muitas as garantias a serem conjugadas antes de interpretar que as novas regras do júri aumentam a proteção do sigilo. (ver diagrama ao final).

Nada, nada mesmo no ordenamento jurídico, na ordem jurídica e no regime democrático autoriza que o juiz togado que preside o Tribunal do Júri oculte os fundamentos de julgamento que não é de sua competência.

8.1 - DO NOVO PROCESSO DE JULGAMENTO PELOS JURADOS

O art. 488 está dizendo que os votos devem ser verificados e que haja o registro.

Art. 488. Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Parágrafo único. Do termo também constará a conferência das cédulas não utilizadas. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

É de ser dada atenção à expressão “verificados os votos” para poder estabelecer que o processo de julgamento contempla as seguintes fases (ver diagrama ao final):

- a) distribuição das cédulas;**
- b) recolhimento dos votos (momento do sigilo do segredo) e cédulas não utilizadas (conferência) em urnas separadas;**
- c) verificação dos votos (apuração) e das cédulas não utilizadas (momento em que o juiz-presidente toma conhecimento do conteúdo dos votos);**
- d) registro da votação e resultado.**

Em síntese, existe uma votação (a, b), uma apuração © e um registro (d).

Votação (recolhimento dos votos) e apuração (verificação dos votos) são momentos inconfundíveis no texto legal.

A proposta das novas disposições é, com grifos nossos:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – a materialidade do fato; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – a autoria ou participação; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – se o acusado deve ser absolvido; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1o A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 2o Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

O jurado absolve o acusado?

§ 3o Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

A doutrina vem sustentando, diante das novas disposições, que o julgamento deve ser encerrado assim que a apuração revelar que mais de três jurados deram a mesma resposta, porém como 4 (quatro) estabelece a maioria que define o julgamento, o “mais de três” seria sempre e necessariamente 4

(quatro), e o legislador teria escrito tolice.

A interpretação que vem sendo sustentada transpõe - em afronta ao que o legislador escreveu - o "encerramento" para os parágrafos segundo e terceiro, elegendo o §1º ao nível de "caput" dos demais parágrafos, o que é um erro grave de interpretação da técnica legislativa.

Seja visto que o legislador definiu como técnica legislativa:

O parágrafo é o complemento aditivo ou restritivo do caput do artigo, devendo:

- *iniciar-se por letra maiúscula;*
- *numerar-se conforme as normas aplicáveis ao artigo;*
- *representar-se com o sinal §, para o singular, e §§, para o plural, sempre que seguido do(s) respectivo(s) número(s);*
- *denominar-se parágrafo único, por extenso e grafado em itálico, seguindo-se ponto, quando houver apenas um parágrafo vinculado ao artigo;*
- *compreender um único período, encerrado com ponto final, podendo desdobrar-se em incisos.*

Técnica Legislativa - ORIENTAÇÃO PARA A PADRONIZAÇÃO DE TRABALHOS -
<http://www.senado.gov.br/conleg/tecnicalegislativa-2002.pdf>

A redação do manual técnico não deixa dúvida de que cada parágrafo é complemento do caput do artigo e que (consulte pelo link retro) parágrafos se desdobram em incisos, caso único em que, por semelhança, pode ser dito que o

parágrafo é o caput dos incisos.

Não é possível, também, interpretar que o legislador quis dizer coisa diferente do que escreveu, pois isto quebra a segurança jurídica.

Caso fosse vontade do legislador encerrar a verificação dos votos (apuração) teria ele muitas maneiras simples de dizê-lo com clareza:

... a verificação dos votos será encerrada assim que verificada a quarta resposta sim, ou não;

Caso fosse vontade do legislador proteger o sigilo de modo geral poderia tê-lo feito com igual simplicidade e clareza:

... o juiz-presidente fará a verificação dos votos e apresentará as quatro respostas que definem o julgamento, mantendo em sigilo as demais.

Mas o legislador preferiu, (§1º) no caso de MAIS DE TRÊS respostas negativas (4, 5, 6 ou 7) dizer que esse evento encerra a votação porque não existiria autor ou materialidade a serem indagados em outros quesitos.

No caso do §2º a votação não se encerra com quatro respostas afirmativas porque o próprio parágrafo comanda que prossiga com a votação do quesito nele previsto.

Enfim, o legislador não pretendeu encerrar a verificação dos votos porque sabedor das garantias internas (art. 93, IX, CF) que estaria violando ao tentar “reforçar” o sigilo do voto.

Desta sorte, em linhas resumidas, nossa conclusão é de que vale o que está escrito no §1º: encerra a votação.

Levar a verificação dos votos até o sétimo quesito em todos os casos e encerrar a votação no caso do §1º é a única forma de manter a integridade da plenitude de defesa e soberania do veredicto, garantias também inerentes ao júri.

Ademais, os jurados não são mais vulneráveis que os juízes singulares e os promotores, aos quais não se defere nenhum segredo ou sigilo que os proteja em relação às suas falas.

Usar o sigilo - garantia dos jurados - como proteção pessoal do jurado é minimizar a cidadania, é um quase declarar que a função de jurado é uma função de risco, e que são medrosos ou covardes que precisam ser protegidos.

Países outros adotam como válida a decisão unânime dos jurados, passada em segredo sob sigilo (sala reservada) e não deferem nenhuma proteção em relação ao réu saber que todos os jurados deram o mesmo voto. Talvez a diferença seja que nesses países não existe concerto para acabar com o júri.

8.2 - DOS EVENTOS POSSÍVEIS NA APURAÇÃO DOS QUESITOS

Sejam os resultados possíveis na verificação, com solução no quarto voto verificado, considerado que o juiz-presidente os abre e verifica um a um, em

ordem não determinada.

Séries desenvolvidas com: MLCombiner 1.00 © 2001 Michael A. Lees

<http://mlees.cjb.net> - com contribuições do pessoal da www.by타민-c.com - Rotina de geração de combinações: A.P. Sugunan

8.2.1 - DECISÃO POR 4x3

Casos possíveis: 33

Resolução:

- 1. no 4º voto verificado: 1 caso (3%)**
- 2. no 5º voto verificado: 3 casos (9%)**
- 3. no 6º voto verificado: 6 casos (18%)**
- 4. no 7º voto verificado: 23 casos (70%)**

8.2.2 - DECISÃO POR 5x2

Casos possíveis: 21

Resolução:

- 1. no 4º voto verificado: 3 caso (14%)**
- 2. no 5º voto verificado: 8 casos (38%)**
- 3. no 6º voto verificado: 10 casos (48%)**

8.2.3 - DECISÃO POR 6x1

Casos possíveis: 7

Resolução:

- 1. no 4º voto verificado: 4 caso (57%)**
- 2. no 5º voto verificado: 3 casos (43%)**

8.2.4 - DECISÃO POR 7X0

Casos possíveis: 1

Resolução:

- 1. no 4º voto verificado: 1 caso (100%)**

8.2.5 - RESUMO DA MAIORIA FORMADA NO

- a. 4º voto verificado = $1+3+4+1 = 9$ (14%)**
- b. 5º voto verificado = $3+8+3 = 14$ (22%)**
- c. 6º voto verificado = $6+10 = 16$ (26)**
- d. 7º voto verificado = $23 = 23$ (38%)**

8.2.6 - RESUMO DA DECISÃO NO

- a. 4º voto verificado = $1+3+6+23 = 33$ (53%)**
- b. 5º voto verificado = $3+8+10 = 21$ (34%)**
- c. 6º voto verificado = $3+4 = 7$ (11%)**

d. 7º voto verificado = 1= 1 (2%)

Várias abordagens de cálculo são possíveis para mostrar que, além da violação de outras garantias inerentes ao júri, o encerramento da verificação dos votos no voto definidor da maioria só tem eficácia plena no caso em que os quatro primeiros votos verificados sejam iguais, ou seja, 9 casos em 62 possíveis, ou 14%.

As hipóteses possíveis de verificação dos votos já conferidos são:

- a) – são abertos um a um e cada um aberto é anunciado;**
- b) – todos são abertos e verificados e anunciados como placar (4x3, 5x2, 6x1, 7x0)**
- c) – todos são abertos e verificados e anunciados como placar parcial (4x?, 5x?, 6x?, 7x0)**
- d) – todos são abertos e verificados e os quatro que decidem o quesito são separados e anunciados como placar fixo (4x?).**

Não pode ser deixado de lado, neste passo, examinar que “todas as decisões judiciais serão fundamentadas”, e que a decisão do júri é decisão judicial.

Os fundamentos de uma decisão judicial, uma vez postos (votação) não podem ser publicados apenas na parte mínima em que aproveitam para a decisão, e não podem pelo simples fato de existir a hipótese de que os fundamentos ocultados também aproveitem para a decisão.

Aceitar a hipótese de publicação apenas dos fundamentos mínimos confere ao juiz togado o poder extraordinário, senão arbitrário, de desprezar parte dos fundamentos do julgador colegiado, ou seja, o júri é soberano para julgar mas é subordinado quanto ao teor dos fundamentos, lembrando que os fundamentos da decisão do júri são os votos dados e que o condenar e o absolver são a conclusão dos fundamentos, conclusão esta que o juiz togado apenas declara.

O argumento de proteção ao sigilo da votação (votar é colocar o voto na urna) não pode ser trasladado para criar um sigilo de verificação (apuração dos votos), visto que o primeiro (sigilo da votação) é previsto na Constituição, e o segundo não o é.

A interpretação da nova lei foi afoita pois a validade da DECISÃO por maioria sempre esteve na lei e não foi modificada.

Uma hipótese geral de proteção contra retaliação não pode ser construída a partir do sigilo, vez que não é possível assegurar que o réu não se vingue porque tomado de dúvida sobre quem votou pela condenação (ou o inverso

pela família da vítima no caso de absolvição) e não faça nada para não cometer “injustiça”.

Se for deixada de lado a ingenuidade de querer saber o que pensam as mentes criminosas - o que corresponde a tirar o sofá da sala para evitar que a esposa o traia nele - poderá ser verificado que a tentativa de garantir o sigilo da verificação fere as outras duas garantias do júri: plenitude de defesa e soberania do veredicto, vez que os votos ocultados podem orientar a conveniência e a oportunidade do recurso.

Na realidade dos fatos do cotidiano os latrocidistas são mais vingativos do que os homicidas.

Conquanto os casos de ocultação total sejam apenas em número de 8 (treze) fica difícil sustentar que a plenitude de defesa, ou a soberania do veredicto, é tudo menos oito, pois o tudo, ainda que por menos um não é tudo nem pleno.

O que pensará o jurado cujo voto não foi apurado?

Como se sentirá o réu ao ter dúvida sobre ter sido absolvido por 4 x 3 ou 7 x 0 ?

Como se sentirá o defensor, ou o promotor, ao ter dúvida se sua tese venceu por 4 x 3 ou 7 x 0 ?

Como fica a lógica jurídica diante da ocultação de fundamentos do

juízo?

Por acaso o colegiado dos tribunais é constituído por cidadãos de melhor qualidade que os jurados, que não precisam de proteção em relação a seus votos divergentes ?

Por acaso o júri não é órgão do judiciário, no sentido de que funciona organicamente e, por não ser órgão os fundamentos da decisão poderiam ser parcialmente ocultados ?

A Constituição institui o voto secreto (11 ocorrências) apenas nos casos políticos e não existe regra contra a publicidade de resultado unânime. Por acaso os membros dos colegiados que assim decidem são cidadãos de melhor qualidade do que os jurados, que não precisam de segredo sobre a unanimidade “in pejus” ?

Será então necessário proteger o sigilo em 8 caso dentre 62 ?

Será que a classe dominante não tem também os seus “vingativos” contra decisões unânimes ?

Ou será que a periculosidade presumida saiu da cova, na qual, por ser uma criação da classe dominante, foi enterrada por Sebastián Soler ?

Não existe defeito de redação, visto que a "votação" acontece quando os jurados colocam as cédulas nas urnas.

Após a votação acontece a "conferência" ou contagem, devendo cada

urna conter 7 cédulas, e em seguida a verificação dos votos.

Resposta (ou apuração) é a aferição feita pelo juiz e outra coisa não pode ser pois a resposta só se torna conhecida nesse momento.

O comando de encerrar a votação não pode ser interpretado como encerrar a verificação das respostas.

Encerrar a votação deve significar que a proposição para julgamento está satisfeita:

a) no caso do §1º, negada a autoria OU a materialidade, por maioria (4x3, 5x2, 6x1, 7x0) a votação é encerrada porque não existe autoria sem materialidade nem materialidade sem autoria, e o acusado será absolvido;

b) no caso do §2º, afirmada a autoria E a materialidade, por maioria (4x3, 5x2, 6x1, 7x0) a votação prosseguirá com a formulação do quesito recomendado cuja resposta NÃO - também por maioria (4x3, 5x2, 6x1, 7x0) - conduz à absolvição, e a resposta SIM, igualmente, opera a condenação e a continuidade da votação dos quesitos do §3º.

Repetindo: resposta SIM ou NÃO aos quesitos é a resposta conhecida pelo juiz, e o legislador a isto se referiu claramente, no art. 487 como "verificados os votos".

O trabalho legislativo não pode ser considerado abaixo da crítica do ponto de vista de que não foi escrito o que o legislador pretendeu escrever pois

a construção de regra que encerrasse a "verificação" dos votos é tão simples que, no caso em estudo demandaria chamar o legislador de estúpido e deixar que a interpretação lhe desse lucidez.

A técnica legislativa recomenda que hipóteses iguais sejam arroladas igualmente, e o encerramento da verificação dos votos poderia ter tido a seguinte construção inteligente:

§1º - a verificação dos votos será encerrada:

a) no momento em que obtidas quatro respostas negativas a qualquer dos quesitos I e II ...

b) no momento em que obtidas quatro respostas afirmativas aos quesitos I e também ao quesito II ...

Qual seja, se quatro é maioria o legislador não necessitaria prever "três ou mais" vez que nunca seriam apuradas mais de quatro respostas SIM, ou quatro NÃO, contempladas os casos de maioria (ver tabela) nos quais é necessário verificar sete votos para obter 4 respostas iguais.

A interpretação de proteção ao sigilo desmerece o legislador por impor-lhe uma ignorância técnico-legislativa que as faculdades de direito cuidam de remover logo no primeiro ano (Introdução ao Estudo do Direito), diminui a plenitude de defesa, e reduz a soberania do veredicto criando a figura dos votos inverificáveis, ou inúteis.

As garantias do juri são autônomas e iguais, ou seja, não podem ser interpretadas pela soma igual a 3, devendo serem interpretadas como $1+1+1=3$, o que preserva a integridade de cada uma.

Tomar que $0,9+0,9+1,2=3$ (diminuição da plenitude de defesa e da soberania do veredicto com aumento do sigilo do voto) abre caminho para que $0+0+3=3$ seja uma escolha do legislador ou do intérprete, uma vez que "garante" o resultado final: nada de plenitude nem de soberania, mas um triplo sigilo.

8.3 - CONCLUSÕES

De regra, não existe julgamento público com ocultação de voto, mesmo o voto secreto, como é o caso dos cargos eletivos e escolhas ou aprovações feitas por colegiados.

Nos cargos eletivos é pequena a probabilidade de uma urna apresentar todos os votos válidos e em um único candidato, ou todos os votos inválidos ou brancos, casos nos quais a divulgação do resultado estaria quebrando um segredo.

Repita-se que sigilos (sem segredos) podem ser quebrados mas segredos (com sigilo) nunca o podem, logo, criar a equipolência entre segredo e sigilo corresponde a tomar como semelhantes só coisas que são dessemelhantes por antagonismo (quebrar, não-quebrar) violando o princípio lógico fundamental:

uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo.

A ciência demonstra, com argumentos fáticos e irrefutáveis, que o chimpanzé possui 96% do DNA humano, mas a dessemelhança fundamental entre os dois animais é tão clara que independe de demonstração.

O pequeno universo amostral do júri (7 elementos e 48 eventos) não pode ser utilizado como determinante de que o sigilo deva uma ocultação de resultados, vez que tal elevação não ocorre em universos amostrais maiores sujeitos ao segredo, como no caso do Senado da República (81 elementos, 41 eventos).

8.3.1 - DO FERIMENTO À GARANTIA DA SOBERANIA DO VEREDICTO.

O encerramento da "verificação dos votos" assim que atingida a maioria, subtraindo a publicidade de três ou menos votos, configura um cerceamento à expressão soberana do júri, um imposição do "não preciso que diga mais nada" ou, individualmente, o “non liquet” por o voto não influenciar no resultado.

O júri, na carta de 88 tornou-se poder de Estado pois a instituição foi reconhecida, ao invés de simplesmente mantida. É poder gozar da faculdade de formação de vontade ao largo da limitação da lei, é impor essa vontade ao juiz togado, obrigando-o a sentenciar o mérito conforme os jurados decidiram.

A configuração do juri aborrece muitos, os muitos que não leram a Constituição o suficiente para saber que o povo pode exercer o poder diretamente.

O concerto para minimizar ou acabar com o juri vem de longe tempo, ao argumento de que não conhecem a lei o suficiente para julgar.

O júri não julga pela lei porque é o único poder soberano, com origem soberana: o povo.

Cortar-lhe a voz, ainda que parcialmente, é atentar contra a instituição, principalmente quando o escopo é "agilizar" para economia do erário.

8.3.2 - DO FERIMENTO À GARANTIA DA PLENITUDE DE DEFESA

É possível que andar de cabeça para baixo no plenário para demonstrar um argumento de defesa aponte para o limite do que é a plenitude de defesa perante o colegiado soberano.

De tal sorte, não podem o legislador e o intérprete decidirem que a defesa não precisa ter conhecimento da totalidade dos votos dos jurados, vez que isto representa um diminuição e *diminui* a amplitude.

Não podem, eles, taxar que as hipóteses de recurso que dependam da totalidade do resultado são tão poucas que não vale a pena considerá-las.

O juiz é o efetivador, o promotor o garante, e o Advogado o buscador, das garantias constitucionais.

Se os juízes diminuírem as garantias, os promotores aderirem e os Advogados não as exigirem, os cidadãos ficarão à mercê de uma constituição de papel.

Na democracia, ao contrário dos regimes autocráticos, a publicidade é a regra e o segredo a exceção, sendo certo que esta excepcionalidade é justificada, como diz Norberto Bobbio, "quando garante um interesse protegido pela Constituição sem lesar outros interesses igualmente garantidos" (Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos.

Citado in Democracia e segredo

Gustavo Henrique de Aguiar Pinheiro

<http://www.opovo.com.br/opovo/opiniaio/777573.html>

acessado 08.02.09 13:30

9 - DIAGRAMA DO JULGAMENTO PELA NOVA LEI DO JÚRI

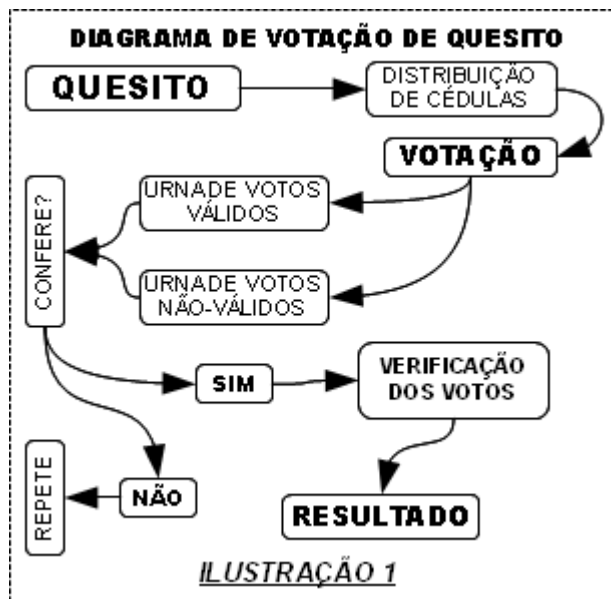
Passo 1 – distribuição das cédulas: cada jurado recebe uma cédula SIM e uma cédula NÃO;

Passo 2 – votação: ocorre em duas urnas, uma para os votos válidos e outra para os votos não válidos (É O MOMENTO EM QUE INCIDE O SIGILO);

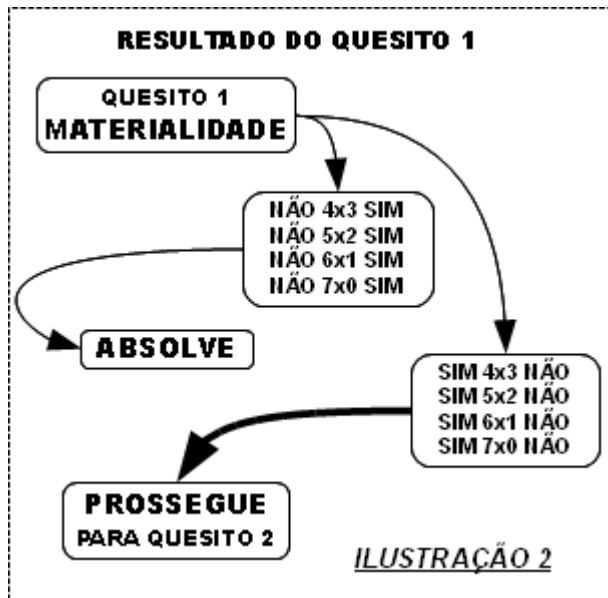
Passo 3 – o conteúdo das urnas é conferido, devendo existir sete cédulas em cada uma;

se o número de cédulas não ferir a votação será repetida;

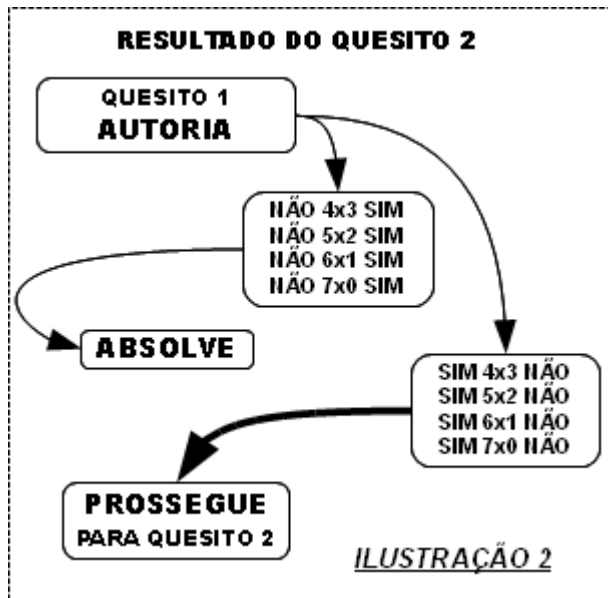
se o número de cédulas conferir vai para o
Passo 4 – VERIFICAÇÃO DOS VOTOS VÁLIDOS



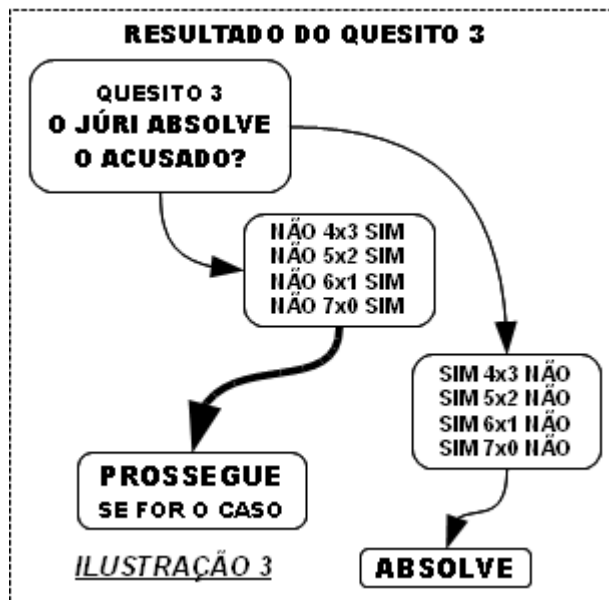
9.1.1.1 - Votação de quesito



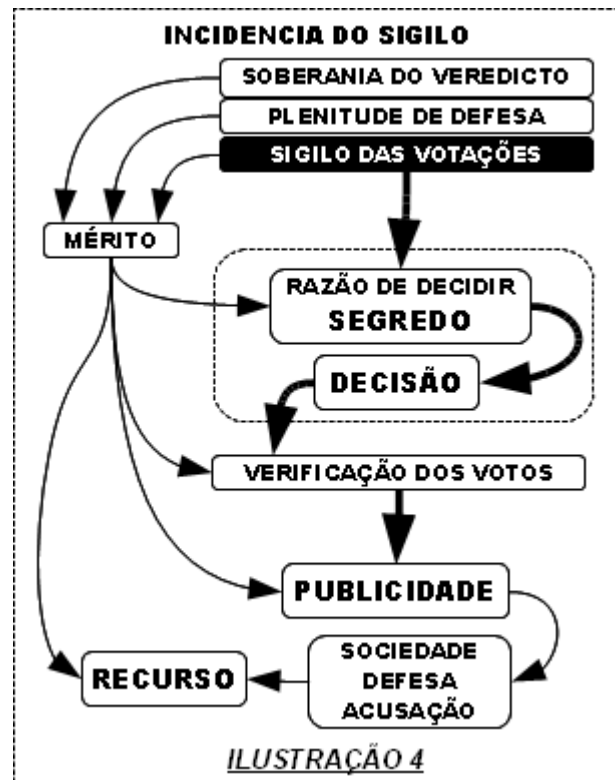
9.1.1.2 - Ilustração (acima) – PRIMEIRO QUESITO



9.1.1.3 - Ilustração (acima) 2 – SEGUNDO QUESITO



9.1.1.4 - Ilustração (acima) 3 – TERCEIRO QUESITO



9.1.1.5 - Ilustração (acima) 4 – CONJUGAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO JÚRI

10 - ART. 59 – A CULPABILIDADE NA SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Decidindo os jurados pela não absolvição e completado o julgamento o juiz-presidente deverá fixar a pena com fundamento em que o júri deu o acusado como culpado certo.

Analisar a culpabilidade é dicção privativa do juiz togado e isto conflita com a soberania do veredicto: uma vez que condena o júri espera pena, no que não pode ser contrariado pelo juiz togado vez que já resolvidas as questões de isenção.

É comum ter que o júri só examina a exigibilidade de outra conduta quando posta como tese defensiva excludente (exigibilidade de conduta diversa), e o “imbroglio di filli” se apresenta nas hipótese de a análise da culpabilidade pelo juiz togado verificá-la inexistente, não existindo assim causa legal para a pena.

Se o juiz togado declarar a ausência de culpabilidade estará violando a soberania do veredicto ?

Aparentemente sim, tanto quanto seria violação da jurisdição que os jurados declarassem o grau de reprovação.

Os jurados, quando não absolvem, estão aceitando as proposições jurídicas de que é crime doloso contra a vida, o acusado é o autor, e é culpado.

Os jurados não decidem sobre a culpabilidade como condição de reprovabilidade ou legitimante da aplicação de pena e, por isto, não é possível presumir a atribuição de uma culpabilidade mínima a ser mantida ou aumentada pelo juiz togado.

Por ser a ausência de culpabilidade tese de defesa, não tendo sido submetida aos jurados e não podendo o juiz declará-la, o julgamento estaria subordinando a jurisdição por força da subtração do poder de analisar e declarar o grau de reprovação.

A solução não parece fácil no âmbito dos poderes, mas pode ser encaminhada do ponto de vista da garantia constitucional da plenitude de defesa, em relação à qual o juiz togado é efetivador e o órgão ministerial o garante.

São fatores que entram a favor da formulação de quesitos obrigatórios sobre os elementos da culpabilidade ou a serem propostos como tese de defesa:

1 – o precedente da formulação obrigatória de quesito sobre circunstância atenuante genérica;

2 – ser a ausência de culpabilidade benéfica para o condenado;

3 – constituir matéria que pode ser argüida pela defesa e quesitada aos jurados.

Vale sugerir a formulação dos quesitos:

A – Sendo o acusado (informações sobre a pessoa) ... os jurados consideram que tem capacidade para avaliar as circunstância do fato pelo qual foi condenado ?

B – De acordo com sua capacidade o condenado podia entender que sua conduta era injusta ?

C – Nas circunstâncias do fato ... (descrever as circunstâncias) ... em que esteve envolvido era possível exigir que o condenado agisse de modo diferente, não praticando o injusto ?

11 - DOS CASOS RESULTADO TRAZIDOS A EXAME

A formulação introduzida pela nova lei divide os quesitos em duas categorias: 1º e 2º são quesitos da acusação (materialidade e autoria); 3º quesito é do júri (absolve o réu?)

Ressalvado que tenha pedido a absolvição em plenário a acusação não faria pedido alternativo (condena/absolve), exceto se reconhecer que o 3º quesito é do júri, e neste caso estaria “*garantindo*” a soberania do veredito.

Assim, é de conclusão que o 3º quesito é o quesito soberano e a resposta SIM aos dois primeiros confirma a proposição acusatória.

Tivesse assim querido, ou não, o legislador dotou a soberania do veredito de um quesito próprio, reforçando a posição do autor de que o júri foi alçado a poder do Estado pela Carta de 88.

11.1 - 1º Quesito:

Pertencente ao momento da culpabilidade para a proposição acusatória (primeiro momento).

A acusação espera SIM / defesa espera NÃO;

- 1. jurados votam SIM > prossegue para o 2º quesito; defesa sucumbe;**
- 2. jurados votam NÃO > encerra a votação = ABSOLVIDO; acusação sucumbe, podendo recorrer por manifesta contrariedade à prova dos autos (negativa do fato material)**

11.2 - 2º Quesito

Pertencente ao momento da culpabilidade para a proposição acusatória (primeiro momento).

A acusação espera SIM / defesa espera NÃO

- 1. jurados votam SIM > prossegue para o 3º quesito; defesa sucumbr;**
- 2. jurados votam NÃO > encerra a votação = ABSOLVIDO; acusação sucumbe, podendo recorrer por manifesta contrariedade à prova dos autos (negativa do nexa causal de autoria)**

11.3 - 3º Quesito

Pertencente ao momento da culpabilidade para a proposição

condenatória (segundo momento).

A acusação espera NÃO / defesa espera SIM

- 1. jurados votam NÃO > prossegue se for o caso; defesa sucumbe;**
- 2. jurados votam SIM > encerra a votação = ABSOLVIDO; acusação não sucumbe.**

O momento da culpabilidade para a pena (terceiro momento) pertence ao juiz-togado presidente, ou seja, não é da competência do colegiado, remanescendo, desde 88, não ter sido resolvido com clareza se o juiz-togado pode dar pela não-culpabilidade e absolver dentro da sua competência ou se, tendo os jurados condenado estaria assentada a culpabilidade mínima

A pretendida simplificação ocorreu no terceiro quesito, que veio substituir quaisquer quesitos que antes deveriam ser formulados diante de tese absolutória, e mais, com destaque, contemplou a soberania do veredicto pois a defesa pode simplesmente formular pedido “genérico” de absolvição e tê-lo afirmado sem que os jurados necessitem votar a aberrante solução de negar o primeiro ou o segundo quesito.

Antes, sem o quesito absolve/condena, era possível interpretar que a vontade do soberano não se formou corretamente em relação à materialidade e à autoria, e a negativa de uma destas era recorrível, como ainda o é, mas, o

questo da soberania, que é votado somente depois de afirmadas a materialidade e a autoria, é indicador, no caso de absolvição, de que o colegiado formou corretamente a vontade e apenas não quer a condenação.

Admitir recurso da acusação contra a vontade bem formada sobre a materialidade (SIM ao 1º quesito) e a autoria (SIM ao 2º quesito) como provadas nos autos seria admitir que o terceiro SIM coloca dúvida sobre os dois primeiros SIM ou que a acusação tenha recurso contra a soberania (mera inconformação).

A conclusão é que, votando SIM nos dois primeiros quesitos os jurados manifestaram inteira “*conformidade*” com a prova dos autos e votando SIM ao terceiro exerceram a competência julgadora soberana, como é explicitado a seguir.

11.4 - FUNDAMENTOS DA IRRECORRIBILIDADE

A) Das proposições de materialidade e autoria que formam o fato principal não decorre “*ipso facto*” a condenação, tanto que a lei prevê a formulação do terceiro quesito obrigatório (O JÚRI ABSOLVE O RÉU?) como efetivação da garantia da soberania do veredicto.

POR SER HIPÓTESE LEGAL NÃO CONSTITUI PERPLEXIDADE

B) A absolvição após a afirmação do terceiro quesito (O JÚRI ABSOLVE

O RÉU?) interrompe a votação e impede o pronunciamento sobre os fatos secundários.

C) Interrompida a votação com o reconhecimento do fato principal e sem questionamento dos fatos secundários a decisão absolutória não apresenta manifesta contrariedade à prova dos autos.

D) Qualquer justificativa para a existência de um recurso por “manifesta contrariedade à necessidade de condenação” afrontaria a soberania do veredicto, pois obrigaria os jurados a SEMPRE negarem o terceiro quesito, ou o afirmando com soberania estarem dando causa certa para o recurso por manifesta contrariedade à prova dos autos.

E) No caso D estaria sendo criado o recurso “ipso facto”, muito semelhante ao revogado recurso “ex officio” na absolvição sumária, na espécie do júri um verdadeiro recurso contra a garantia constitucional da soberania do veredicto.

F) Estaria, na configuração exposta, afastado o cabimento de recurso por manifesta contrariedade à prova dos autos ou por qualquer outra matéria de prova diante da resposta SIM ao terceiro quesito.

G) Sobraria para a acusação, frente a impossibilidade jurídica do recurso sem causa contra a absolvição, o recurso por causa processual ou procedimental de nulidade.

H) Raciocínio semelhante (A/G) é válido também para a hipótese de não

haver registro de tese absolutória, caso em que a decisão dos jurados tem a natureza ato soberano sem causa, como é facultado pela não fundamentação do voto.

11.5 - CONCLUSÃO

A ACUSAÇÃO NÃO SUCUMBE NA MATÉRIA DE MÉRITO QUANDO OS JURADOS AFIRMAM OS TRÊS QUESITOS OBRIGATÓRIOS.

A NÃO SUCUMBÊNCIA DA ACUSAÇÃO EM RELAÇÃO AO MÉRITO IMPLICA EM AUSÊNCIA DE INTERESSE PARA RECORRER.

A INEXISTÊNCIA DE CAUSA DE NULIDADE IMPLICA PARA A ACUSAÇÃO EM IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO AFIRMATIVA DOS TRÊS QUESITOS PRINCIPAIS.

11.6 - POSSÍVEL QUESTIONAMENTO DA IRRECORRIBILIDADE PARA A ACUSAÇÃO.

Comum em matéria penal falar-se em paridade de armas entre acusação e defesa, e isto é correto, mas a formação dessa paridade tem o significado de proporcionar à defesa armas iguais à da acusação.

A acusação começa o seu trabalho com toda a estrutura policial-judiciária configurando o fato, dispõe de poderes não conferidos à defesa e de todo o

aparato técnico-policial, e vai ao poder judiciário buscar sua pretensão.

A defesa de nada igual dispõe, e de tal sorte, o devido processo legal e o regime democrático a socorrem através da limitação da atividade acusatória quanto ao uso do poder.

A lei, em consonância com o princípio da não-culpabilidade e com a garantia da soberania do veredicto deu ao acusado o privilégio do quesito definidor ser um pedido da defesa, e tal soa como um equilibrante diante da acusação estatal e do julgador soberano.

De nada valeria o privilégio diante da admissão de um “recurso contra a soberania do veredicto”, sem causa quanto ao mérito, vez que o exame de tal recurso não seria outro senão o da existência de causa jurídica para a condenação, o que representa invasão da competência do júri.

E de prestar atenção que a existência de causa jurídica para a condenação não é prova dos autos, pois os autos provam a materialidade, autoria e nexos de causalidade, jamais a culpa.

Como a decisão dos jurados, na espécie em exame, não pode ser vinculada a nenhuma causa jurídica pois a tese da defesa foi negada após a afirmação dos quesitos da acusação, não há contrariedade à prova dos autos o que alcança não ter sido nenhuma outra proposição acusatória ter sido votada.

Assegurar à acusação, mesmo em nome da sociedade, recorrer pelo mérito em tal caso é admitir, como já posto, o recurso vazio, sem causa, ipso

facto, sem que a defesa tenha igual instrumento neste caso (1) ou nos outros (2, 3, 4) da tabela numerada.

Razoável entender que estaria sendo dada à acusação uma “arma” que não seria dada à defesa, o que representa uma gravosidade excessiva.

Assim, este Procuradoria conclui que não sendo possível dar a mesma “arma para a defesa é de melhor para o regime democrático que não seja dada para a acusação, mesmo que tal configure um caso de irrecorribilidade.

12 - PRONÚNCIA – QUALIFICADORA DA DIFICULTAÇÃO OU IMPOSSIBILITAÇÃO DA DEFESA DO OFENDIDO.

Seja o tipo da qualificadora:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

Seja o significado de “cometido”:

cometer [Do lat. *Committere.*] Verbo transitivo direto.

1. Praticar, fazer; perpetrar:

“Quando um homem comete alguma ação heroica, nasce de novo.” (José Lins do Rego, Gregos e Troianos, p. 173.)

2. Tentar, empreender:

Ponderadas as vantagens e as desvantagens, resolveram cometer o plano qual o haviam projetado.

Dicionário Aurélio

<https://argos.mp.go.gov.br/portal/br.gov.go.mp.portal.controle.gwtext.Portal/PortalDesktop.html#>

Crime comissivo é aquele cuja conduta típica requer um atuar positivo da parte do sujeito ativo. Assim, o tipo requer seja o crime praticado por um comportamento ativo. São crimes praticados mediante uma ação, por uma atividade, um comportamento atuante. Por se tratar de conduta dolosa penalmente relevante a regência verbal deve ser a transitiva direta.

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Cometido tem o significado de uma atuação positiva, um comportamento ativo, uma ação, uma atividade, um fazer, enfim, um conjugar um verbo.

IV - à traição [traíndo, trair], de emboscada [emboscando, emboscar], ou mediante dissimulação [dissimulando, dissimular] ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

Traição, emboscada e dissimulação são meios, ações, conjugações de verbos que exigem complementos necessários.

Recurso é sinônimo de meio, meio é modo de realizar a traição, a emboscada, a dissimulação, a dificultação ou a impossibilitação.

A qualificadora é dolosa, dolo de meio empregado: matar traíndo, matar

emboscando, matar dissimulando, qual seja, existirá sempre um verbo modal qualificador da ação principal.

O legislador quando quis referir-se à existência de circunstância ou situação não criada pelo agente o fez por arrolamento expresso (furto noturno, criança, idoso, etc.), qual seja, situações que existem independentemente de ação do autor do crime.

**IV - à traição, de emboscada,
ou mediante dissimulação
ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;**

As combinações possíveis do conectivo “ou” são três, e conectam alternativas verbais:

TRAIR [1], EMBOSCAR [2] → DISSIMULAR [3]

TRAIR, EMBOSCAR → DIFICULTAR [4], IMPOSSIBILITAR [5]

DISSIMULAR → DIFICULTAR, IMPOSSIBILITAR

A proposta deste texto é simplesmente que as qualificadoras estejam

configuradas por um fazer que possa ser descrito como uma ação do autor do crime, e é o próprio tipo qualificador que oferece a solução:

DESCRIÇÃO DA CONDOTA DO AUTOR que se ajuste a ação prevista nos verbos trair, emboscar, dissimular, dificultar, impossibilitar, pelos seus complementos modais.

COMO traiu (emboscou, dissimulou, dificultou, impossibilitou)?

De outra forma pode ser dito que a declaração (pronúncia) da qualificadora é a resposta à pergunta “*O QUE O ACUSADO FEZ?*”.

Responder à pergunta é a regra geral para a caracterização do homicídio.

A resposta estabelece o vínculo entre o autor e o resultado penalmente relevante.

A proposta tem como pilar principal a exigência legal da existência da materialidade para que o acusado possa ser pronunciado.

Materialidade, na espécie da qualificadora em estudo é o FAZER, a descrição da ação.

Materialidade deve ser algo que possa ser aferido de modo objetivo.

Materialidade não pode ser uma dedução, suposição, inferência,

possibilidade e nem mesmo probabilidade, deve ser algo concreto, um acontecimento da realidade.

O pilar central da proposta está cravado em solo compacto: o caput do artigo 121 possui vigência independente das qualificadoras.

Essa vigência independente confirma que o homicídio pode ser cometido na forma simples, e esta forma simples contempla que a vítima foi exposta a perigo, lesionada ou morta, de tal sorte que tais figuras nem de longe pode sugerir que a defesa do ofendido foi dificultada ou tornada impossível. Sugerindo, estará negada a hipótese de homicídio simples e a própria construção do tipo legal estará arruinada.

De forma objetiva a qualificadora não pode ser verificada em circunstâncias do fato que não tenham sido criadas pelo agente.

Seja uma vítima que foi abatida a tiros durante o sono, e sejam as hipóteses:

- 1 - a vítima estava dormindo quando o agente atirou [**NÃO AGIU**]
- 2 - o agente esperou a vítima dormir para atirar [**NÃO AGIU**]
- 3 - o agente ministrou sonífero, aguardou o efeito e atirou [**AGIU**]

O caso “1” não atrai a qualificadora porque a elementar “a vítima estava dormindo” não foi criada por nenhuma ação do agente.

O caso “2” não atrai a qualificadora porque a elementar “a vítima foi dormir” não foi criada por nenhuma ação do agente nem tinha ele domínio sobre o fato.

Eliminando o confronto mortal (duelo, briga, tiroteio etc) sobra que a vítima do homicídio em geral se apresenta em situação de inferioridade: ou está desarmada ou não tem a arma em punho, ou não tem como alcançar uma arma, não se podendo falar que tal constitua um “estado de dificuldade ou impossibilidade de defesa”, vez que isto alcançaria a quase totalidade dos habitantes do planeta.

É de razoável entendimento não ser possível debitar ao acusado alguma conduta da vítima para a qual não tenha contribuído de modo específico, por exemplo: diante do agressor armado a vítima põe-se em fuga ou busca ocultar-se, não conseguindo, porém, livrar-se da morte. Tais condutas, fugir e ocultar-se, por certo constituem formas de defesa possíveis diante da agressão. Neste caso, o questionamento da eficácia da defesa implica em negar vigência ao caput do art. 121, vez que a morte, como resultado apontado pelo tipo, é uma exata “impossibilidade de defesa”.

Também, não cogita a qualificadora de ter o agressor dado à vítima a chance de defender-se vez que aberta estaria a porta para ser discutida a

eficácia da oferta, sempre com a conclusão de que se a oferta fosse válida a vítima estaria viva e ilesa (defesa eficaz) como única hipótese de homicídio simples, na forma tentada, dado que se a vítima resultasse viva mas lesionada o agressor responderia pelo homicídio tentado qualificado pela dificuldade de defesa.

É imperativo, então, afastar qualquer hipótese de perplexidade quando da análise das circunstâncias de fato (conduta) quanto à qualificador, e tal se alcança, repetindo, de forma simples, respondendo à pergunta:

O QUE O ACUSADO FEZ PARA DIFICULTAR OU IMPOSSIBILITAR A DEFESA DO OFENDIDO ?

Observado que a facilidade ou possibilidade de defesa é uma ocorrência concreta aferível, no curso do tempo, antes do resultado, é da melhor técnica que a análise ocorra na mesma sequência cronológica do evento, sob pena de, partindo do resultado para trás, sempre ser possível, diante de lesões ou morte, dizer que o ofendido não pode se defender.

A análise reversa produz uma falácia, à exemplo do matuto que durante toda a sua vida viu o dia nascer após os galos cantarem e atribuiu a relação de causa e efeito. Esperto, desafiou os demais com a prova “diabólica” consistente em eliminar todos os galos do mundo e verificar a ocorrência do evento, vez que o cantar de um único galo poderia produzir o nascer do dia que, nascendo

em algum lugar nasceria para todos os lugares.

Mutatis mutandis, as pronúncias vêm trazendo a conclusão de que se a vítima resultou lesionada ou morreu foi por ter dificuldade ou impossibilidade de se defender, abrogando o homicídio simples.



CopyLEFT

SÃO LIVRES: a reprodução para fins exclusivamente não comerciais desde que o autor e a fonte sejam citados e seja incluída a nota COPYLEFT; a modificação, acréscimo ou supressão, desde que o texto original seja mantido como referência.



CopyRIGHT: o autor autorizará, na forma da lei, a reprodução comercial, mas notifica os interessados de que a publicação CopyLEFT não será descontinuada.

**PARA REPRODUÇÃO COMERCIAL ENTRAR EM CONTATO COM
SERRANO NEVES pmsneves@gmail.com**

**Composto no Atlantis 1.6 para formato ePub compatível com Book Readers
Leitura testada no Adobe Digital Editions**

**Ilustrações e tabelas formatadas para visualização em tela de 3,7” (largura
de 77mm)**

12/10/2010 – 06:41



**Editora LIBER LIBER (LIVRO LIVRE) É MARCA DE FANTASIA ADOTADA
POR SERRANO NEVES PARA DIFUNDIR TEXTOS COMO FUNÇÃO SOCIAL
DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.**