



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O TRIBUNAL POPULAR COMO GARANTIA: DEMOCRACIA E JUÍZOS ÉTICOS
NA JURISDIÇÃO PENAL**

JOSÉ ROTONDANO SALES NETO

Nº do Aluno: 61.861

Dissertação

Mestrado Científico em Direito

Área de Especialização em Direito Penal e Ciências Criminais

Lisboa, 2024



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O TRIBUNAL POPULAR COMO GARANTIA: DEMOCRACIA E JUÍZOS ÉTICOS
NA JURISDIÇÃO PENAL**

JOSÉ ROTONDANO SALES NETO

Orientação pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma
Mestrado Científico em Direito
Área de Especialização em Direito Penal e Ciências Criminais

Lisboa, 2024

JOSÉ ROTONDANO SALES NETO

**O TRIBUNAL POPULAR COMO GARANTIA: DEMOCRACIA E JUÍZOS ÉTICOS
NA JURISDIÇÃO PENAL**

**Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Mestrado em
Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa
como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em
Direito, área de especialização em Direito Penal e Ciências
Criminais.**

Professora: Doutora Maria Fernanda Palma (Orientadora) – FDUL

(Presidente)

(Arguente)

(Vogal)

2024

Aos mestres da tribuna, que tanto dignificaram e dignificam o Tribunal Popular, por onde existe e existiu – e aos que o dignificarão por onde existirá.

Aos mestres do encantamento pela palavra, cada um ao seu estilo: José Rotondano Sales (*in memoriam*) e Eldon Sales.

A Lis: flor mais preciosa do meu jardim.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por razões a que não me é dado compreender.

À minha orientadora, professora Doutora Maria Fernanda Palma, pela confiança e pela inspiração, sobretudo em querer uma jurisdição penal mais humana, mais natural, que fale à justiça, que incorpore juízos éticos às soluções.

À professora Doutora Silvia Alves, por instigar a curiosidade e incentivar o gosto por compreender historicamente um fato, um instituto, um valor (o gosto por desnaturalizar o naturalizado); ao professor Doutor Paulo Sousa Mendes, pelo incentivo à clareza, ao rigor e à precisão na tratativa de questões jurídicas; aos professores Doutores Rui Soares Pereira e Helena Morão, pela atenção, disponibilidade e paciência.

Às queridas colegas Marianna Rezende e Rachel Glatt, pela imensa atenção, pelo auxílio incondicional, pelo cuidado, pela cumplicidade, pelo carinho... enfim: pela linda amizade.

À Dra. Maria Rebelo, amiga que, enquanto professora de graduação no Brasil, recomendou-me a FDUL como instituição para que eu trilhasse os passos do Mestrado, e nisso ela não tem ideia de como impactou minha vida.

A Eledison Sampaio, amigo e companheiro de ideias, pela atenção, pela potência filosófica, pela postura sempre aberta ao debate e à geração de ideias.

A Manoel Reis Neto, amigo que muito colaborou – com seu repertório psicanalítico – para o amadurecimento de ideias abordadas neste trabalho, sempre com sua escuta atenta e com grande poder de compreensão.

A meus pais, pela indelével lição de bondade e justiça que sempre, com a ajuda de Deus, hei de levar comigo.

A tia Rosa, por ter aberto todas as portas por onde entrei no mundo jurídico, emprestando sua credibilidade; por ser um grande exemplo de garra e coragem; por ser orgulho da família.

Eis um agradecimento especial: A Ana, meu amor; à pessoa sem cuja ajuda eu decididamente não teria conseguido concluir este trabalho; participe dos meus esforços, que ajudou substancialmente mesmo quando mais exausta do que eu; agradeço pelo companheirismo, agradeço pelo amor, agradeço por ser a mulher da minha vida.

Finalmente, a Lis, pela promessa de dias doces e de um amor sem limites.

RESUMO

O presente trabalho ocupa-se em debruçar sobre a possibilidade de introjeção de juízos éticos na jurisdição penal através do veredito de jurados em um Tribunal Popular, como forma de viabilizar a complexificação no processo, pela via da categoria da punibilidade. Para tanto, faz-se um esforço argumentativo no sentido de demonstrar que há legitimidade na exigência da complexificação da jurisdição penal, para que esta abarque juízos éticos, adotando-se a ideia de *democracia da complexidade* como noção organizadora de uma perspectiva de legitimação (ou uma aspiração de critérios mais robustos de legitimação). No que toca à categorização dogmática do fenômeno, trabalha-se a categoria da punibilidade como plataforma propícia à análise de questões ético-dilemáticas, a possibilitar a absolvição ou mitigação da pena por exames metanormativos, bem como explora quais seriam as funções da pena condizentes à *democracia da complexidade*. Argumenta-se pela legitimidade de um Tribunal Popular para a aplicar a medida, e para isso apresenta aspectos que seriam legitimadores, como a democracia por sorteio e aspectos que propiciam uma maior abertura para a apreciação complexa da causa. Nada obstante, o trabalho é enfático no sentido de controle do poder punitivo, razão pela qual aborda a necessidade de controle epistemológico das decisões, a partir de um rigor racional como o reclamado pela Teoria Garantista. Com isso, apresenta-se uma proposta de rito para um órgão que eleve a complexidade da jurisdição penal: um Tribunal Popular que possa ser motivado por juízos éticos, no sentido de absolver ou mitigar a pena, mas que, caso não absolva o arguido, confia ao magistrado (autorizando-o, portanto, legitimando-o democraticamente) o julgamento da acusação conforme ao Direito, de modo a contemplar tanto possibilidade de juízos éticos *pro reo* quanto a necessidade de controle racional dos atos punitivos.

Palavras-chave: Juízos Éticos; Tribunal Popular; Complexidade; Arbítrio; Teoria Garantista.

ABSTRACT

This work examines the possibility of incorporating ethical judgments into criminal jurisdiction through jury verdicts in a People's Court, aiming to enhance complexity in the legal process under the category of punishability. The argument is made to demonstrate the legitimacy of complexifying criminal jurisdiction to encompass ethical judgments, adopting the idea of *democracy of complexity* as an organizing principle for legitimization (or an aspiration towards more robust legitimization criteria). Regarding the doctrinal categorization of this phenomenon, the concept of punishability is explored as a suitable platform for analyzing ethical-dilemmatic issues, potentially leading to acquittal or mitigation of sentences through metanormative examinations. The study also discusses the appropriate functions of punishment in line with *democracy of complexity*. The legitimacy of a People's Court to implement these measures is argued, highlighting aspects such as random selection in democracy and factors fostering a deeper analysis of the case. Nonetheless, the paper emphasizes the need for control over punitive power, addressing the epistemological control of decisions through rigorous rationality advocated by Guarantee Theory. Thus, a procedural proposal is presented for an institution aimed at enhancing the complexity of criminal jurisdiction: a People's Court motivated by ethical judgments to either acquit or mitigate sentences. In case of defendant not be acquitted, the jurors entrusts the judge (thereby democratically legitimizing them) to render a verdict in accordance with the law, accommodating both possibilities of ethical judgments *pro reo* and the necessity of rational control over punitive acts.

Keywords: Ethical Judgments; People's Court; Complexity; Arbitrariness; Guarantee Theory.

Siglas e abreviaturas

A.C. – Antes de Cristo; Antes da Era Comum

Art.(s) – Artigo(s)

Fl. – Folha

Fls. – Folhas

CFB – Constituição Federal brasileira

Coord. – Coordenação

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

Des. – Desembargador

Ed. – Edição

Et. al. – E outros

E. g. – Por exemplo

EUA – Estados Unidos da América

LOTJ – Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (Espanha)

Min. – Ministro(a)

Org. – Organização; Organizador(a)

P. – Página

Rel. – Relator(a)

RHC – Recurso em Habeas Corpus

Séc. – Século

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Trad. – Tradução, Tradutor(a)

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO. | 7 |
| 1. BASES DEMOCRÁTICAS PARA JUÍZOS ÉTICOS NA JURISDIÇÃO PENAL ... | 13 |
| 1.1. TRÊS REGISTROS PARA PENSAR O DIREITO..... | 13 |
| 1.2. A ÉTICA DA COMPLEXIDADE VS. O GOVERNO DA SIMPLICIDADE | 15 |
| 1.2.1. O simplismo como paradigma antidemocrático e imperativo de reprodução social. | 18 |
| 1.3. PARA UMA SUPERAÇÃO DA JURISDIÇÃO DA SIMPLICIDADE: LIMITES AO PARADIGMA RACIONALISTA..... | 22 |
| 1.4. A DEMOCRACIA DA COMPLEXIDADE, OU: A COMPLEXIDADE COMO MARCA DA DEMOCRACIA..... | 26 |
| 2. A PUNIBILIDADE COMO CATEGORIA PROPÍCIA À INTEGRAÇÃO DOS JUÍZOS ÉTICOS..... | 31 |
| 2.1. A PUNIBILIDADE COMO <i>IUS PUNIENDI</i> | 31 |
| 2.2. O JUÍZO DE (DES)NECESSIDADE DA PENA E A PUNIBILIDADE COMO <i>IUS PUNIENDI</i> EM SENTIDO CONCRETO..... | 35 |
| 2.3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FUNÇÕES DA PENA NA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA DA COMPLEXIDADE. | 36 |
| 2.3.1. É possível conjugação dessas duas perspectivas em uma teoria da função da pena? | 40 |
| 2.4. O CORPO PUNÍVEL: UM GIRO ANALÍTICO – CONDUTA/AGENTE..... | 43 |
| 2.5. O ARBÍTRIO DE IMPUNIDADE COMO MANIFESTAÇÃO DE JUÍZOS ÉTICOS NA JURISDIÇÃO PENAL PELA CATEGORIA DA PUNIBILIDADE. | 45 |
| 2.6. A APRECIACÃO DE TEMAS ÉTICO-DILEMÁTICOS..... | 49 |

| | |
|--|------------|
| 2.7. COMPLEXIDADE, REDUNDÂNCIA E IMPRECISÃO: O PREÇO DA ÉTICA NA JUSTIÇA?..... | 56 |
| 3. BASES HISTÓRICO-INSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI. | 60 |
| 3.1. A ORIGEM DO TRIBUNAL DO JÚRI NO MUNDO. | 60 |
| 3.2. ORIGEM DO JÚRI NO BRASIL. | 64 |
| 3.3. O TRIBUNAL DO JÚRI E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. | 68 |
| 3.4. O ATUAL RITO NO BRASIL. | 70 |
| 4. O TRIBUNAL POPULAR E O ARBÍTRIO DE IMPUNIDADE. | 76 |
| 4.1 SUPERAÇÃO DA RIGIDEZ E AFIRMAÇÃO DA POTÊNCIA ÉTICA..... | 79 |
| 4.2 O TRIBUNAL POPULAR E A DEMOCRACIA POR SORTEIO. | 81 |
| 4.3. A AUTOSSUPRESSÃO DA JUSTIÇA..... | 84 |
| 4.4. DA EQUIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI..... | 89 |
| 4.5. A INTERDISCIPLINARIDADE NO TRIBUNAL POPULAR..... | 95 |
| 4.6. A COMPLEXIDADE DO <i>JUDICIUM CAUSAE</i> E A TECNICALIDADE DO <i>JUDICIUM ACCUSATIONIS</i> : UMA INVERSÃO DO RITO BRASILEIRO..... | 99 |
| 4.6.1. A clemência como afirmação da soberania popular pelo veredito dos jurados... 102 | |
| 4.6.2. Justiça, moral e piedade. | 105 |
| 4.6.3. O Tribunal Popular e a discriminação..... | 109 |
| 4.7. BREVE SÍNTESE DAS VIRTUDES DO JÚRI..... | 113 |
| 5. O CONTROLE EPISTEMOLÓGICO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA COMO EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA. | 117 |
| 5.1 O CONTROLE PROCESSUAL PELA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA..... | 119 |
| 5.2. A NECESSIDADE DE CONFORMAÇÃO DO RITO DO TRIBUNAL POPULAR À CONDIÇÃO DE GARANTIA..... | 125 |
| 5.2.1. A negação do Júri como garantia: antijuridicidade..... | 127 |

| | |
|--|------------|
| 5.2.2. O descumprimento dos cânones de fundamentação das decisões, de presunção de inocência e de plena defesa. | 133 |
| 5.3. UMA PROPOSTA DE FORMATAÇÃO PARA O TRIBUNAL POPULAR. | 136 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 146 |
| REFERÊNCIA..... | 7 |

INTRODUÇÃO.

A questão que orienta o presente trabalho é a de como introjetar juízos éticos na jurisdição penal – se há possibilidade de fazê-lo –, de forma a torná-la efetivamente democrática, a partir de uma noção de democracia que será tratada sob o nome de *democracia da complexidade*.

Para isso, ao reconhecer as limitações impostas pelo formalismo que impera sobre a jurisdição convencional, a nortear os magistrados, ponho em discussão a possibilidade da incorporação de juízos éticos na jurisdição penal através do veredito de jurados em um Tribunal Popular (a deliberar por íntima convicção), como forma de viabilizar a complexificação no processo, pela via da categoria da punibilidade, como um filtro ao poder punitivo, que lhe serviria de elemento de legitimação democrática.

Ou seja, trata-se de investigar legitimidade do veredito a partir da maioria da adesão de *consciências*, para além de entendimentos técnicos, como seria em um colegiado discursivo de magistrados. Porém, o Conselho de Sentença (órgão composto por jurados), ao mesmo tempo em que reconhecida a amplitude de convencimento, seria limitada quanto ao tipo de deliberação. Não se concebe, neste trabalho, uma condenação decidida por um Conselho de Sentença, o qual terá poder para absolver o arguido ou mitigar a pena legalmente prevista. Caso não exerça a faculdade absolutória, o processo segue para o magistrado fundamentar sua sentença, de acordo com a técnica jurídica adequada.

Há, nessa reflexão, pontos de contato entre Direito Penal e Direito Processual Penal, bem como com saberes não dogmático-normativos, como a filosofia, a epistemologia, a política, criminologia, entre outros.

Importa desde já destacar que o Tribunal Popular em questão não seria idêntico ao Tribunal do Júri brasileiro, pois este traz vícios incompatíveis à *democracia da complexidade*, sobretudo no que concerne à condenação pelo Conselho de Sentença. Porém, é inegável a inspiração do Júri brasileiro para pensar esse Tribunal Popular modelo, principalmente pela possibilidade de absolvição por íntima convicção, independentemente de provado o crime, a afirmar a autonomia da pena frente ao crime.

Um Tribunal Popular com ampla liberdade de convicção, como o Tribunal do Júri brasileiro, desafia a placidez da noção de jurisdição tal como aplicada pelos magistrados

togados (assim referidos aqueles concursados, investidos formalmente no cargo por concurso público, e que em vários países usam a tradicional veste talar), enquanto um convencimento motivado e calcado na Ciência do Direito para a aplicação correta da lei.

Não que em outras áreas não possamos refletir sobre isso, mas na jurisdição penal me parece especialmente auspicioso olhar para a questão com certo ceticismo e indagar os pressupostos dessa concepção, sobretudo o fatalismo irremediável da sanção, se a acusação se provar verdadeira. Será que isso é o melhor que temos enquanto solução, enquanto resposta social frente a um fato criminoso?

Por isso o Tribunal do Júri brasileiro é um bom exemplo de órgão aberto à complexidade; no entanto, como dito, Tribunal Popular aqui ensaiado não se confunde com ele, pois a possibilidade de condenação do arguido por jurados que não fundamentam seus votos aqui é entendida como antípoda à ética democrática, que compreende as garantias fundamentais. Destarte, o esforço em conceber um Tribunal Popular democraticamente legítimo passa por promover uma abertura à complexidade fenomenológica da vida, enquanto preserva os direitos e garantias fundamentais do arguido.

O presente trabalho foi realizado com o apoio dos fundamentos teóricos analisados em artigos e livros de doutrina e legislações do campo do forense e demais áreas tocantes, de uma forma ou de outra, à temática.

Ocorre que, sendo o tema uma proposta deste trabalho, não há na literatura a tratativa deste tema especificamente, razão pela qual a pesquisa procede de modo a articular e interseccionar diferentes conceitos e posicionamentos para, a partir disso, elaborar os conceitos de que precisa para comunicar suas conclusões.

Por isso mesmo, convém desenvolver um raciocínio dedutivo, envolvendo um panorama em que, primeiramente, registra as premissas gerais para, posteriormente, via procedimento lógico-dedutivo, alcançar algumas considerações sobre o objeto de estudo (SANTANA, 2015).

A utilização do método dedutivo tem como principal propósito buscar uma explicação baseado no conteúdo das premissas (LAKATOS; MARCONI, 2015), de sorte que o presente trabalho esmera-se em cumprir o rigor técnico pelo qual se pode fazer a *episteme* (ἐπιστήμη), em oposição à mera *doxa* (δόξα), a tangenciar a questão em espeque sempre para o campo do

apofântico, em que se pode tecer assertivas, ou seja, inferências com valor lógico (verdadeiro ou falso), empreitada em cujo curso buscar-se-á o devido rigor e seriedade aristotélicos (ARISTÓTELES, 2016), entretanto, seriedade e rigor não significam negar reconhecimento aos limites da objetividade lógica.

A pesquisa, como se sabe, pode ser classificada a partir de sua natureza. Em consonância com Silva e Menezes (2005), o presente trabalho enceta uma pesquisa aplicada, pois tem como efeito usar o conhecimento e aplicá-lo para obter soluções para um problema específico.

Para além deste aspecto, é uma pesquisa preponderantemente bibliográfica, visto que realiza levantamento de arquivos já publicados de um determinado tema (NEVES; JANKOSKI; SCHNAIDER, 2013), relacionando-os e comentando-os à luz da temática eleita, o que possibilita o desenvolvimento de novos trabalhos com o objetivo de “rever, reanalisar, interpretar e criticar considerações ou paradigmas, ou ainda criar novas proposições” (PRESTES, 2008, p. 26).

Também pode-se considerar a presente uma pesquisa explorativa, uma vez que, segundo Gil (2008), tem a finalidade principal familiarizar o leitor sobre o assunto, deixando-o explícito e discutível, aprimorando as ideias frente ao contexto apresentado.

Além disso, o presente trabalho se justifica pelo esforço em compatibilizar juízos éticos à jurisdição penal; por buscar estabelecer com careza um paradigma ético a organizar os campos jurídico e político, bem como incrementar o caráter democrático do Direito, com participação popular por meio de sorteio; bem como por tecer considerações sobre a punibilidade e propor uma Teoria da Pena cuja função se manifeste nas dimensões abstrata e concreta; além de destacar a imprescindibilidade do controle cognitivo dos atos punitivos.

Logo, mesmo que não se institua a proposta aqui formulada, este trabalho se justifica por contribuir para o pensamento das categorias aqui abordadas, inclusive com ferramentas desenvolvidas com o fito de permeabilizar a jurisdição a juízos éticos, sem comprometer a garantia consistente na racionalização do poder punitivo, através do controle cognitivo dos atos que conduzem à aplicação de pena.

Assim, o grande problema do presente trabalho é: como integralizar juízos éticos à jurisdição penal?

Desta forma, o objetivo central do trabalho é propor uma forma de tornar a jurisdição penal aberta a juízos éticos, ao mesmo tempo em que se preservam os direitos e garantias que a legitimam; bem como fundamentar por quais razões se faz necessário que a jurisdição penal seja capaz de responder a questões ético-dilemáticas contidas nas demandas.

A divisão da pesquisa se dá em cinco capítulos. O primeiro, apresenta tópicos que introduzem noções fundamentais para a correta compreensão da proposta, desde a concepção de diferentes registros do pensamento sobre fenômeno jurídico, até a concepção da *democracia da complexidade* como paradigma ético norteador do pensar e do fazer o Direito, o que acarreta a necessidade de complexificação do Direito.

No segundo Capítulo, aborda-se a punibilidade como categoria propícia à operacionalização dos juízos éticos na jurisdição penal, bem como questões atinentes à Teoria da Pena, como as funções da pena, além de apresentar a medida denominada arbítrio de impunidade, ou desculpa exofática, ou graça democrática como medida apta a manifestar juízos éticos na jurisdição penal.

O terceiro Capítulo aborda o Tribunal Popular enquanto instituição, sua história, e analisa mais detalhadamente o Tribunal do Júri brasileiro, que figura como uma inspiração para o Tribunal Popular nos moldes propostos neste trabalho, por sua possibilidade de absolver mesmo quando declara culpado o arguido, o que implica um grau de complexificação maior do que o da jurisdição comum.

O Capítulo quarto trata de aspectos do Tribunal Popular que o tornam mais propício a manifestar juízos éticos e conferir legitimidade democrática à jurisdição, como a íntima convicção dos julgamentos, a democracia por sorteio, a interdisciplinaridade, entre outros, destacando-se a possibilidade de inferir acerca da necessidade e adequação da pena, mesmo quando provado o crime, considerada a pessoa acusada para além do crime cometido.

No Capítulo quinto, afirma-se como pressuposto de uma jurisdição ético-democrática o fato de que a pretensão punitiva esteja sujeita à análise técnica, havendo a necessidade de

controle cognitivo dos atos punitivos, sendo abordada a relevância do controle epistemológico com vistas a evitar inconsistências, abusos e injustos processuais. No último tópico, há uma breve síntese de algumas diretrizes do Tribunal Popular, tal como o proponho para compatibilizar os juízos éticos sem descambar na aplicação irracional da pena.

O arranjo dos elementos na forma posta neste trabalho é crucial para a coerência da ideia, de sorte que a reta compreensão do conteúdo de um Capítulo passa pela assimilação de Capítulos anteriores (salvo o terceiro Capítulo, por ser descritivo), do mesmo modo que ideias abordadas em um Capítulo podem ser trabalhadas e mais desenvolvidas em Capítulos posteriores, com diferentes enfoques.

Diante da ausência de tratamento do tema na literatura, por se tratar de uma proposta nova, outro aspecto metodológico a se destacar é o uso da *antropofagia* (ANDRADE, 2017) enquanto método; ou seja, consumir aquilo que se reconhece valioso no outro como condição para a criatividade e para o contínuo aperfeiçoamento. Assim, o método antropofágico não leva a se tornar o outro devorado, nem mesmo a devorar tudo o que há no outro, mas em saber reconhecer no outro aquilo que é valioso, que pode ser útil para seu projeto de vida, de arte, de ciência, de Estado, ou de seja lá o que for.

O Tribunal do Júri brasileiro é aqui devorado e consumido naquilo que ele tem de potente, enquanto aquilo que julgo como inadequado à *democracia da complexidade* é descartado, cuspidor fora; do mesmo modo, o *estadualismo*, o formalismo da jurisdição convencional é devorado e aproveitado para garantir a racionalidade das condenações criminais; a Teoria Funcionalista de Jakobs é devorada e digerida como pertinente à dimensão abstrata da pena, enquanto a Teoria Retributiva é devorada e digerida naquilo que pertinente à dimensão concreta, de modo que conceitos muitas vezes tratados como excludentes entre si são tidos aqui como complementares.

De fato, este é um tema que considero, ao menos para mim, demasiado desafiador de tratar, pois se articulam saberes de diferentes campos, fenômenos aparentemente irreduzíveis a conceituações exatas, avaliações axiológicas não passíveis de universalização. O que será uma justiça democrática? Como pôr em análise o *não dito* que se faz presente em cada sentença?

É de certa forma inquietante escrever sobre isso, porque, no fim, não terei pequenas sínteses que, em poucas palavras, conseguirão traduzir bem toda a complexidade da proposta do trabalho. Ao contrário, quanto mais se desenvolvem os conteúdos dos Capítulos, mais se abre o tema, que cresce a cada interlocução promovida entre os saberes. É como se a lógica regente não fosse a da delimitação, mas a do desbravamento; e desta forma, quanto mais se explora, maior fica o limite, há mais pontos de contato com as áreas ainda não exploradas.

Então, diante dessa constatação, resta concordar com Gilles Deleuze:

Ao escrevermos, como evitar que escrevamos sobre aquilo que não sabemos ou que sabemos mal? É necessariamente neste ponto que imaginamos ter algo a dizer. Só escrevemos na extremidade de nosso próprio saber, nesta ponta extrema que separa nosso saber e nossa ignorância e que transforma um no outro. É só deste modo que somos determinados a escrever. Suprir a ignorância é transferir a escrita para depois ou, antes, torná-la impossível. Talvez tenhamos aí, entre a escrita e a ignorância, uma relação ainda mais ameaçadora que a relação geralmente apontada entre a escrita e a morte, entre a escrita e o silêncio. Falamos, pois, de ciência, mas de uma maneira que, infelizmente, sentimos não ser científica (2018, fl. 10).

1. BASES DEMOCRÁTICAS PARA JUÍZOS ÉTICOS NA JURISDIÇÃO PENAL.

1.1. TRÊS REGISTROS PARA PENSAR O DIREITO.

Neste primeiro capítulo de desenvolvimento, o esforço será no sentido de refletir sobre intersecções ético-político-jurídicas da jurisdição penal, para, após, adentrar ao tema do Tribunal do Júri, pensando-o como um dispositivo e como um instrumento democrático no seio do Estado, e para isto, parece-me oportuno tecer algumas considerações sobre a forma de pensar o Direito.

Acredito que o pensador do Direito não só pode, como deve operar em dois registros diferentes de reflexão: o registro filosófico, pelo qual se busca a perda da ingenuidade para com o conhecimento – para usar a feliz definição de Felix Guatarri (REVISTA DE ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS, 2013, p. 566) –, e o registro lógico-jurídico, no qual o pesquisador buscará compreender a compatibilidade de assertivas dentro do sistema posto, com as possibilidades dadas.

Por isso não me filio a posições segundo as quais o Direito é legítimo ou ilegítimo. O esforço que faço é no sentido de pensar o sistema desde fora dele (na medida do possível), de um lado, e de outro, analisá-lo desde dentro, em sua lógica interna. Ou seja, num momento, estudar o que se tem por debaixo do poder jurídico, bem como o que ele viabiliza, o que materialmente ele sustenta, e nesta senda não cabe – salvo melhor juízo – falar em legítimo ou ilegítimo, mas em arregimentação de meios para a efetivação da força, da razão que assiste ao poder.

Nessa clave, a ideia é desvelar o conteúdo latente das normas jurídicas, no que normalmente me oriento segundo a noção conflitiva de forças e interesses, pensando o poder como algo afeto à lógica da guerra, como fez Foucault (2016), e buscando situá-lo na noção nietzscheana de vontade de potência, intencionando dar materialidade circunscrita a esta, atualizando-a, como queria seu genitor, voando mais adiante (NIETZSCHE, 2016, p. 251).

Noutro momento, a análise se dá aceitando o Direito como instrumento de pacificação/estabilização social a serviço da reprodução da forma social, suspendendo a crítica estrutural, para viabilizar as operações lógicas. Aqui o pensador veste a roupa de

cientista e pega seu microscópio, estetoscópio, régua e compasso para estudar o organismo do Direito como um fato posto, independente de gostar ou não dele, independente de achar que ele deveria ser de outra maneira. É ver o texto por debaixo do texto sem sair do mundo jurídico. É analisar suas contradições com olhos de quem se interessa em saber o que tende a prevalecer, sem se assombrar com normas que não são cumpridas, mandamentos programáticos ignorados e coisas afins, pois Direito não é texto (um filósofo poderá dizer: é pretexto).

Vale ainda mencionar uma outra clave de pensamento, qual seja, a política, onde cabe o juízo de ilegitimidade do sistema, com vistas à superação deste para um outro mais aperfeiçoado, acorde aos ideais de justiça - ou conveniência - do pensador. Não nego que a postura política possa estar no fazer do jurista, ao contrário, acredito que seja de grande valia que existam juristas com verve política para atualizar o sistema, porém, não há que confundir isso com o raciocínio lógico-jurídico, conquanto a forma abordada comumente deseje se passar como tal, ou seja, com o fito de fazer crer que sua vontade política é a única solução jurídica adequada, dentro do sistema legal.

Com efeito, é natural que seja assim, pois a tecnologia do Direito se estrutura, na prática e no desenho, como um jogo de produção de verdade (FOUCAULT, 2006) precisa se pretender lógico: a solução não pode ser só boa, ela precisa ser a solução correta. Porém, não cabe mais ter a ingenuidade de pensar que a solução correta é a que se extrai da lei, como se esta sempre fosse unívoca, de modo que no exercício prático do Direito o profissional atuará sob dois registros diferentes, o lógico-jurídico – para saber em certa medida os limites semânticos que existem nas regras, para a formulação e diligência de seu pleito – e o político – pelo qual quererá demonstrar que seu pleito é o justo –, e ambos estarão dispostos na forma silogística, por imperativo de como o processo se estrutura (produção de verdade lógico-formal). Fora disso, a peça poderá ser um belo espécime de análise epistemológica ou sociológica, mas dificilmente terá eficácia. O mesmo há que se dizer (com certo amargor na boca, infelizmente) da doutrina, que dificilmente será incorporada pelos Tribunais se não seguir a forma enganosa de aparente isenção política.

Atuando nestas três claves (filosófica, lógico-jurídica e política), e com a arte de bem ponderar, o pensador poderá elaborar sobre o Direito para além de seus lugares-comuns, ter

uma visão panorâmica e apontar os pontos de interseção entre os registros de pensamento, dando, assim, à sua pesquisa, o frescor e a potência de uma obra viva e mais íntegra.

1.2. A ÉTICA DA COMPLEXIDADE VS. O GOVERNO DA SIMPLICIDADE.

Como talvez já se faça notar, este trabalho demanda um esforço de compreensão direcionado para uma abertura da questão condenatória a um campo mais ampliado, sem negar os aspectos dogmáticos, o que traz a pretensão de *complexificação* do ato jurisdicional. Porém, não é sem obstáculos que essa enunciação vem à tona, pois desafia uma rigidez que há muito se faz passar por “segurança jurídica”, “racionalização das decisões”, “princípio da legalidade”, entre outros supostos princípios.

A rigidez de que falo é o bloqueio para discussões cujos termos não estejam expressamente elencados nos tipos penais, na redação dos dispositivos legais em geral, e por isso inviabiliza as discussões de temas éticos quando do veredito condenatório/absolutório.

Com efeito, este estudo segue, na esteira de outros, a refletir sobre a viabilidade da incorporação de juízos éticos na jurisdição penal, e também na esteira de trabalhos que advogam pela necessidade de tal incorporação, como meio de aprimorar a atividade judicante, em direção a uma justiça que se sinta – não uma que se finja entender, e que se contente com o explicar de mecanismos que instrumentalizam, mas não justificam.

Um exemplar destes trabalhos é o livro “O Princípio da Desculpa em Direito Penal”, de Maria Fernanda Palma, no qual a autora pontua que:

A pergunta que justifica este estudo é a de saber se na decisão dos casos penais há verdadeiramente lugar para um juízo ético da culpa: a interrogação sobre as possíveis alternativas de configuração desse juízo de acordo com uma teoria dos valores e da justiça orientada para a legitimação das imposições do Direito aos seus destinatários (PALMA, 2005, pg. 13).

É certo que na referida obra a autora pretende dar enfoque ao elemento culpa, enquanto este trabalho trilha pela via da categoria da punibilidade, todavia, em ambos há o interesse em compatibilizar os juízos éticos à jurisdição penal. Compartilhamos também com a autora a impressão de que as teorias vigentes e invocadas na prática forense não deixam suficiente espaço para a problematização ética nas decisões judiciais:

A constatação a que se chega pela análise do percurso da teoria penal é a de que o juízo de culpa não tem conteúdo problemático-decisório concreto. Aos juízes cabe, apenas, aplicar um esquema formal segundo o qual a culpa é uma pura consequência do ilícito, que só poderá ser excluída em casos tipificados de afastamento da possibilidade média de motivação pela norma penal ou de uma impossibilidade de motivação do agente pela norma, dependente de sua constituição pessoal (já não discutida em termos de motivação), nas situações de inimizabilidade (PALMA, 2005, pg. 13).

Este esquema formal, assim como reduz a culpa a uma pura consequência do ilícito, também reduz a pena a mera consequência da culpa, portanto, a pena também é, para este esquema, uma mera consequência do ilícito.

Considero este reducionismo não como efeito isolado, mas como sintoma do que compreendo como um fenômeno de simplificação enquanto instrumento de governo e controle de indivíduos e instituições, a serviço da reprodução do modelo social vigente, a partir do que se procede ao esvaziamento da complexidade inerente aos fatos da vida quando das deliberações. Há, portanto, algo que se opõe ao simplismo – epistemológico, deontológico ou metodológico – que impera nas instituições, e que por ele é sufocado: a *complexidade*.

Para manejar a noção de complexidade, convém trazer à baila Edgar Morin, que tanto desenvolveu sua filosofia com vistas a contemplá-la. O filósofo procura explicitar a não redução da complexidade a um fator quantitativo, como algo simplesmente relacionado ao número de interseções que o assunto comporte, havendo também que falar em complexidade quando presentes, por exemplo, os elementos de incerteza, indeterminação e aleatoriedade. *In verbis*:

(...) a complexidade não compreende apenas quantidades de unidade e interações que desafiam nossas possibilidades de cálculo: ela compreende também incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios. A complexidade num certo *sentido sempre tem relação com o acaso*.

Assim, a complexidade coincide com uma parte de incerteza, seja proveniente dos limites de nosso entendimento, seja inscrita nos fenômenos. Mas a complexidade não se reduz à incerteza, *é a incerteza no seio de sistemas ricamente organizados*. Ela diz respeito a sistemas semi-aleatórios cuja ordem é inseparável dos acasos que os concernem. A complexidade está, pois, ligada a certa mistura de ordem e de desordem, mistura íntima, ao contrário da ordem/desordem estatística, onde a ordem (pobre e estática) reina no nível das grandes populações e a desordem (pobre, porque pura indeterminação) reina no nível das unidades elementares.

(...)

Ora, o problema teórico da complexidade é o da possibilidade de entrar nas caixas pretas. É considerar a complexidade organizacional e a complexidade lógica. Aqui, a dificuldade não está apenas na renovação da concepção do objeto, está na reversão das perspectivas epistemológicas do sujeito, isto é, do observador científico: era próprio da ciência, até o momento, eliminar a imprecisão, a ambiguidade, a contradição. Ora, é preciso aceitar certa imprecisão e uma imprecisão certa, não apenas nos fenômenos, mas também nos conceitos (MORIN, 2005a, pg. 35).

Em lugar do apego à aparente segurança da aplicação de conceitos pretensamente exatos, MORIN sustenta a necessidade de recuar da posição de certeza em prol do esforço de agir conforme e à altura da complexidade que envolve a questão posta, mais em busca da solução mais adequada ao caso, do que da solução exata para todo e qualquer caso.

Com efeito, e para retomar o quanto ensaiado no subcapítulo 1.1. deste trabalho, o próprio “triálogo” entre as instâncias filosófica, técnico-formal e política do pensar/aplicar o Direito já impõe uma complexidade, ao pressupor a interação e a tensão de postulados e proposições de sistemas ou campos distintos, e a possibilidade de ressignificação de uns pelos outros, o que não deve resultar em uma anarquia metodológica ou epistemológica, ao contrário: impõe-se daí um elevado rigorismo metodológico e epistemológico, para dar conta da complexidade envolvida.

Surge daí um impasse: por que renunciar da simplicidade em favor da complexidade? Bem, como o cerne da questão diz respeito não só ao acerto ou valor epistemológico das proposições, mas, e principalmente, à disciplina da vida dos cidadãos, a motivação é sobretudo de índole ética.

Para que queremos ver servir o Direito? A si mesmo, para a conveniência da preservação dos aspectos fundamentais da sociedade, conforme a força ativa dos fatores reais de poder (para utilizar o léxico de Ferdinand Lassalle [2020]), ao tempo em que negligencia o sentimento de justiça e as aspirações de uma dada comunidade? Ou deve o Direito servir para afirmar as aspirações e os sentimentos de justiça presentes na comunidade em que pretende aplicar? A opção ética deste estudo é por esta última.

Resta, pois, sustentar e buscar demonstrar – na medida do possível, já que não compete a este trabalho tecer uma crítica bastante fundamentada e exauriente do *status quo* – que a praticidade da simplificação não é em benefício do cidadão, mas um imperativo do que

Michel Foucault chamou de sociedade de disciplina (FOUCAULT, 2014) e Gilles Deleuze atualizou como sociedade de controle (DELEUZE, 1992)

1.2.1. O simplismo como paradigma antidemocrático e imperativo de reprodução social.

Toda sociedade para existir e conservar algum grau de coesão depende da existência de expectativas normativas (JAKOBS, 2003), e de que essas sejam observadas e afirmadas pelos membros do corpo social. Porém, disso não decorre que a forma de garantir a vigência dessas expectativas siga pela via da intransigência normativa de regras abstratas. A expectativa sobre uma conduta normalmente tem muito mais matizes do que um mero mandamento negativo (*verbi gratia*, “não matar”, “não roubar”), e diferentes pessoas, com diferentes temperamentos e diferentes processos disciplinares de formação não raro têm expectativas diversas quando instadas acerca de uma dada conduta, e é evidente que as razões que subsidiam tais expectativas não se resumem à eventual vedação legal do ato. Portanto, natural seria que, da análise dessas expectativas, essas outras razões que informam a consciência individual pudessem compor o exame (ainda que íntimo) da questão.

E neste prisma, há também que ser indagado qual a expectativa que pende sobre aqueles a quem é confiada a aplicação das normas. Os magistrados possuem a importante e horripilante¹ função idealizada de “estabilizar” (como se a instabilidade não fosse elemento constitutivo de nossas sociedades) a sociedade, a julgar as pretensões formuladas e a dar às querelas soluções conformes ao Direito. Entretanto, conquanto haja similitude em demandas e estas possam ser mapeadas no ordenamento jurídico como atinentes a determinadas normas (vigentes e anteriores ao fato), a forma como a jurisdição se constitui pode simplesmente *reproduzir* a norma (e, conseqüentemente, as relações sociais que a ela subjazem), ou pode, em contemplação a fatores metanormativos, dar espaço à emergência desses fatores à discussão, ainda que a solução seja a mesma que viria da simples aplicação da norma, pois, mesmo assim, não seriam idênticas.

¹ Pois decidir baseado numa torre de Babel, como é o Direito, com fontes que muitas vezes não se harmonizam entre si num discurso coerente, que eventualmente não concorda com a solução que parece justa à situação, soa-me profundamente assustador, pelo que entendo dignos de respeito os bons magistrados, que com honestidade intelectual buscam executar seu mister da melhor forma possível, a despeito das dificuldades e incertezas inerentes à função.

Aqui cabe delimitar conceitualmente a distinção ora feita entre *reprodução* e *repetição*, que é em boa medida inspirada na leitura lacaniana do texto “*Recordar, Repetir e Elaborar*”, de Sigmund Freud (LACAN, 1988), na filosofia de Søren Kierkegaard (*verbi gratia*, KIERKEGAARD, 1990), e também na obra de Gilles Deleuze, mais especificamente em “*Diferença e Repetição*” (DELEUZE, 2018).

Reproduzir é produzir de novo, é produzir mais do mesmo, algo já elaborado. Reprodução traduz o fenômeno fabril de produção em série – produzir o mesmo de novo, e de novo, e de novo –, enquanto repetir evoca uma noção de semelhança, mas sem a imposição da igualdade: é um *tornar a fazer, tornar a acontecer*.

Um exercício repetido várias vezes normalmente terá uma execução distinta em cada uma delas; uma nota repetida (como no “Samba de uma Nota Só”, de Antônio Carlos Jobim) varia em dinâmica e comporta ritmo, balanço, ao passo que a reprodução de uma performance pretende apresentá-la tal qual executada quando captada.

Nesta toada, pode-se falar que o magistrado *repete* o ato de sentenciar a cada caso que chega em seu ponto culminante, entretanto, dizer que ele *reproduz* suas sentenças (ou que meramente *reproduz* algo em suas sentenças) evoca um automatismo muito pouco simpático ao dever de fundamentação. Mas como velar para que a sentença – notadamente a condenatória – não se torne um mero ato de reprodução de normas legais, ou de decisões de tribunais? Ou para que, embora haja uma análise casuística, ela não seja tão rasa a ponto de nada mais pesar, senão a argumentação jurídico-formal?

Parece óbvio que a dinâmica social necessariamente vai exigir algum grau de *reprodução* no fazer social, porém, o que defendo, sem um pingote de vontade de passar um ar de isenção, é que essa exigência, tanto quanto possível, não invada um campo que ofenda a dignidade humana e as aspirações democráticas de um povo, e a jurisdição penal me parece pertencer a este campo. Pois bem, agora daremos nome ao problema: *simplismo*, ou *simplificação do complexo*.

Para situar este fenômeno, convém contextualizá-lo no que Gilles Lipovetsky chamou de hipermodernidade, ou seja, não uma ruptura com a Modernidade, mas a hiperbolização desta, uma vez que valores como o racionalismo, a igualdade formal e a

liberdade econômica – todos emaranhados em função do capital, em última instância – passam a operar no ritmo frenético próprio dos tempos atuais.

Nas palavras do filósofo, a hipermodernidade é:

“uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisaram adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer” (LIPOVETSKY, 2004, fl. 26).

Vale também destacar como fator relevante o hiperindividualismo, ou seja, a exarcerbação do *homo oeconomicus* (LIPOVETSKY, 2004, fl. 56), que orienta sua conduta com o fito de obter maiores ganhos pessoais, não cultivando o apreço pela alteridade e pelo bem-comum. Tal subjetividade idiotizante² é fomentada, e a sua generalização provoca o enfraquecimento da potência da comunidade em favor de medidas universalistas, rígidas, indiferentes (não enquanto norma, mas enquanto aplicação) a tempo, lugar e cultura, pois o cidadão hiperindividualizado normalmente não pratica qualquer reflexão sobre como a justiça se aplica ao outro, assim como nunca supõe que a justiça vai lhe alcançar (“a justiça é para o outro, que deve pagar por violar o jogo que sonho em ganhar”).

Michel Foucault já tratava do aspecto instrumentalizável dessa subjetividade na década de setenta do século passado, e um exemplo disso consta em sua aula ministrada em 29 de março de 1979 no Collège de France, em que afirmou: “o *homo oeconomicus* é aquele que é eminentemente governável” (FOUCAULT, 2008, fl. 369).

Para a reprodução desse estado de coisas, das relações sociais tais como existem, parece imperativo que haja uma redução da complexidade à lógica do computável, ainda mais num mundo de multidões, com a população mundial na casa dos bilhões e países povoados por milhões e milhões de habitantes. É muito mais fácil administrar uma massa tão volumosa na base da simplificação, ou seja, da descomplexificação forçada e artificial do fenômeno, ao

² A palavra idiota deriva do termo grego *ἰδιώτης* (*idiótes*), empregado para designar o cidadão desinteressado da vida coletiva, alheio aos assuntos da *polis*, não engajado a somar esforços em prol da realização do bem-comum. Rubens Casara, em seu livro “A Construção do Idiota: o processo de idiosubjetivação” (2024) também aborda o processo de idiotização como elemento fundamental para o avanço do capitalismo em seu estado atual, o que, pode-se dizer, é comportado na ideia de hipermodernidade.

mesmo tempo em que se vende a ideia de que qualquer coisa diferente disso é injustiça, é impunidade, é arbitrariedade.

Reconhecer que é assim não deve conduzir a um conformismo, mas, ao contrário, a um ímpeto de sabotagem³, de saber que a ideologia simplificadora comporta resistência, oposição, e até certas derrotas pontuais, e assim posições ético-políticas ligadas à ideia de legitimidade material, coerência e a uma justiça que emergja organicamente (literalmente, visto que de um organismo consciente que dirá segundo seu *sentimento* de justiça) têm alguma chance de êxito, ou de fracassar com nobreza, repetidas vezes – se possível for –, de fracassar melhor⁴.

Assim, é possível mover-se em favor de uma ética da natureza e da complexidade (em respeito à complexidade da experiência humana) contra a ideologia do *simplificar para governar*, para *explorar*, para *conservar* o jogo, conservando as posições dos “jogadores que importam”: grandes corporações seguem valorizando seu capital, em promíscua relação com Estados Nacionais, e precisam de segurança jurídica para isso. Mas segurança para quem? Para o jogo. E é este o jogo que queremos jogar? Depende. Quem é esse *nós*? Há os que precisam, há os que querem, há os que não querem, há os que não suportam. E é do atrito e das combustões que ocorrem nessa massa que emerge o estado atual da humanidade interconectada, em toda a sua glória e em toda a sua miséria.

De todo modo, não se afigura democrático este modelo, pois quase nada do espírito, da peculiaridade, dos valores e até das idiossincrasias da comunidade em questão são ponderados (exceto no que toca à propaganda), sendo suprimidos em favor de valores supostamente universais.

Podemos – nós, juristas, pesquisadores e pensadores do Direito – trabalhar pela conservação acrítica do jogo, apenas cuidando de decodificar institutos, propor arrojadas

³ A origem do termo remonta a revoltas e greves na França, durante a Revolução Industrial, quando trabalhadores jogavam seus tamancos de madeira (*sabot*) nas máquinas para paralisar seu funcionamento e danificá-las, tendo, portanto, a conotação de uma transgressão ordenada à consecução de um fim entendido como legítimo pelo agente.

⁴ A referência é ao poema “*Pra frente o pior*” (no original, “*Worstward Ho*”), de Samuel Beckett, mas também à fala do Pe. Júlio Lancelotti, clérigo brasileiro que, quando indagado sobre hostilizações sofridas enquanto praticava caridade, afirmou: “a minha perspectiva é o fracasso, nesse sistema, porque, nesse sistema, se eu não fracassar, é porque eu aderi a ele.”. Disponível em <<https://youtu.be/TlaxLX1dSXQ?si=IRUGKb02aiZVbCV6>> Acessado em 21/02/2024.

explicações que facilitam a operacionalização e fabricam a legitimidade das medidas que se impõem pela política, a qual gera as normas e não está alheia à lógica socioeconômica que reclama a simplificação fenomenológica dentro do discurso jurídico.

Não há nada de errado com isso, mesmo porque o Direito precisa ser operacionalizado. Porém, esta não é a única direção possível, e é numa via alternativa que segue este trabalho, sem abrir mão de buscar examinar com rigor dogmático as questões jurídicas, mas pensando a dogmática a serviço do povo (dos povos), da natureza, respeitando o máximo possível – pois algum grau de simplificação é inescapável – a complexidade da vida.

Quer-se aqui pensar uma alternativa à jurisdição simplificadora (reduzida à dicção da prescrição penal a uma conduta, quando esta se comprova no processo), e provavelmente há outras, tão ou mais viáveis, talvez, porém me cabe neste estudo abordar o Tribunal Popular (aos moldes brasileiros) como ferramenta – salvo melhor juízo – tecnicamente adequada a ampliar a discussão processual para searas mais amplas do que a subsunção norma-fato, não sem propor uma reformulação do seu rito com vistas a salvaguardar a dogmática penal e processual penal, inclusive no que tange à observância dos *standards* de prova.

Mas para que isso ocorra, é preciso superar (ainda que pela mitigação) este paradigma, a fim de alcançar uma jurisdição penal que conte com mecanismos para incorporar juízos éticos, sem vilipendiar direitos e garantias fundamentais (pois não seria uma medida ética sacrificar direitos do arguido a pretexto de viabilizar juízos éticos). Ou seja, a incorporação de juízos éticos demanda uma complexificação do rito, como se verá nos Capítulos posteriores (sobretudo no terceiro).

1.3. PARA UMA SUPERAÇÃO DA JURISDIÇÃO DA SIMPLICIDADE: LIMITES AO PARADIGMA RACIONALISTA.

A teia de eventos, marcos e guinadas do pensamento jurídico que permite traçar um panorama do modo de aplicação do Direito Penal como subsunção norma-fato (ainda que com as mitigações das teorias penais de cada época) é de fato extensa e complexa, e vários são os trabalhos a se debruçar sobre esse objeto com exímia competência e qualidade literária.

Diante disso, a presente pesquisa não buscará traçar estes marcos e eventos, nem mesmo tem a preocupação de necessariamente nomear as principais escolas e correntes do pensamento jurídico envolvidas neste processo. Na verdade, aventa-se, a seguir, uma breve síntese de um objeto demasiado abrangente e complexo, com a advertência de que, para que bem compreendidos os aspectos históricos, esta síntese de nenhum modo substitui a leitura de obras como HESPANHA (1982), HOBBSAWM (2007) e GROSSI (2007), por exemplo.

Feita esta advertência – para evitar no leitor simplificações indevidas, situo na Modernidade, ou, para ser mais específico, na Contemporaneidade a fermentação deste modo de encarar o Direito que redundou na simplificação formalista, principalmente por efeito do Movimento Revolucionário Burguês (HOBBSAWM, 2007).

Também é importante contextualizar que o que está por trás do culto ao magistrado estudado e da repulsa ao veredito de jurados leigos tem a ver com o assim chamado *elitismo*, que trata a justiça como uma “ideia de justiça”, a qual, portanto, deve ser pensada como uma ideia, uma entidade intelectual, com lógica própria, e precisa ser pensada adequadamente (HESPANHA, 1982, p.365)

A construção dessa ideia foi fator determinante para o *simplismo* aqui denunciado, sobretudo através das generalizações que se operaram:

Estas formas especializadas de pensar as normas sociais consistia, desde logo, para o primeiro liberalismo, em pensar "em geral", de forma abstracta e igual, as situações sociais (maxime, as situações de conflitos de direitos). Ou seja, numa palavra, de pensar "legisticamente" a sociedade. E para esta capacidade "generalizante", "igualizante" que Rousseau, Kant, Tocqueville ou Constant apelam, ao caracterizar a ideia de sociedade livre como a sociedade regulada pela lei geral e igual. E daí a confiança e /esperança que eles tinham no papel racionalizador dos juristas (nesse "espírito legístico", atributo do corpo dos juristas, a que Tocqueville expressamente se refere como condição da "forma" e da "ordem" da sociedade civil) (HESPANHA, 1982, fl. 365)

É claro que não devemos adotar, nós mesmos, uma visão simplista, reducionista. Isso – essa generalização –, sem dúvidas, representa, em certa medida, uma vitória democrática, a partir de uma limitação do poder da vontade do soberano frente à necessidade de aplicação racional de normas aprovadas pelo parlamento, de acordo com o próprio António Manuel Hespanha (1982), dando ao Estado Liberal o carácter de Estado de Direito (*Rechtstaat*). Pela ênfase dada à lei como manifestação legítima do Estado a ser interpretada de forma técnica,

ergueu-se uma onda de codificação em diversos ordenamentos jurídicos, de modo a facilitar o aprendizado e a operacionalização das normas, sendo as *Pandekten*, de Windscheidt, e o Códigos alemão exemplos paradigmáticos.

Não se trata, pois, de negar completamente a pertinência de uma dada corrente, mas de reconhecer seus limites e propor soluções mais adequadas, o que passa por reconhecer as falhas de seus pressupostos.

Como prossegue na exposição António Hespanha, tal ideia de primazia da razão jurídica também conduzia a um afastamento da noção de contrato social como fonte das soluções jurídicas, dando lugar à aposta naquilo que o autor chama – assim, entre aspas – de “método jurídico” (HESPANHA, 1982, p. 366), ou seja, a forma de extrair do mundo jurídico não só a solução acorde ao querer do soberano, do Legislador, do Constituinte etc., mas a solução *correta*. Não mais a adequação da ideia a uma realidade externa (*adequatio intellectus rei*), mas a coerência interna de um dado sistema, com suas categorias, funciona como critério de eleição da norma, o que surge por inspiração do encanto com a precisão das ciências físico-matemáticas e com a equivalência dada pela filosofia kantiana entre rigor lógico e coerência conceitual, sendo também descrito o fenômeno como *conceitualismo* (HESPANHA, 1982, p. 393).

É certo que essa tendência sofreu resistências e mitigações, como ocorre com qualquer nova corrente dominante de pensamento. Paradigmas derivados de ciências de ascendente prestígio social na época, como a biologia e a sociologia, opunham-se à perspectiva relativamente imutável (afeta justamente ao saber físico-matemático) do tratamento dado às normas e à sua aplicação, propondo uma análise mais dinâmica aos fenômenos e injetando o empirismo no pensamento jurídico (HESPANHA, 1982).

O acirramento das questões de classe de uma sociedade pós-Revolução Industrial e, principalmente, o advento de guerras mundiais, sobretudo a segunda, com sua desumanização escancarada, tornaram bem menos palatável o discurso meramente formalista e neutro, de modo que reformas ocorreram na declarada tentativa de salvaguardar um mínimo respeito à dignidade humana (BRITTO, 2012), notadamente pelo esforço de conferir caráter normativo a valores tidos como universais e “princípios” jurídicos, que seriam normas superiores a

condicionar a aplicação da regra, ao ponto que se passou a sustentar que “violar um princípio é muito mais grave do transgredir uma norma qualquer”.⁵

De qualquer forma, restava conservado o idealismo sistemático, ou seja, a despeito das correntes concorrentes e das críticas, a ideia de completude do ordenamento jurídico, a argumentação pela solução correta (como única possível, dentro do ordenamento jurídico), as generalizações que interdita discussões ético-culturais ainda são presentes na prática forense, compondo a parte do simplismo a que se dirige a crítica feita por este trabalho.

O presente trabalho não se propõe a apontar para uma dada corrente de concepção do Direito, mas para um mecanismo pontual. Não se considera aqui que qualquer norma possa ser afastada, que possa haver um júri para cada questão jurídica que exista. O que se quer apreciar se limita ao fenômeno da condenação criminal, à aplicação de uma pena. Se outros assuntos também podem se beneficiar dessa abertura à complexidade, isso poderá ser explorado em outros ensaios, não neste.

O que se pode dizer, a título de tomada de posição, é que este trabalho adota uma perspectiva crítica, na medida em que assume que “as normas jurídicas não constituem proposições universais, necessárias ou, sequer, politicamente neutras” (HESPANHA, 1982, p. 442). As normas se dão a partir da realidade material que sustenta as instituições e as relações sociais, notadamente os meios de coerção e quem tem capacidade para exercê-los.

Bem, o primeiro passo para a superação de um paradigma às vezes é reconhecê-lo não mais como um dado atemporal, natural, um mandamento transcendental e inerrante, e compreender o processo que o instituiu é algo que contribui a esta tomada de consciência (GROSSI, 2007).

É interessante notar que certos tombos sofridos pelo pensamento exato e formalista no século XX parecem não ter afetado tanto o discurso jurídico, como é o caso dos Teoremas da Incompletude, de Kurt Gödel (1931), que demonstram a impossibilidade de teorias

⁵ Esta formulação, que compõe o senso comum dos operadores Direito, é assim tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello: "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra" (MELLO, 2002, fl. 808)

axiomáticas enumeráveis serem, ao mesmo tempo, completas e consistentes, de sorte que haverá proposições que não se poderão provar nem verdadeiras nem falsas; e os limites da computação – não só os limites práticos, mas os essenciais/inerentes), reconhecidos por Alan Turing (1936), que provou formalmente, a partir de um experimento mental conhecido como “A Máquina de Turing”, que há problemas que não podem ser solucionados pela lógica computacional, algorítmica.

O presente trabalho parte do pressuposto de que há uma gama infinita de problemas que não são computáveis, e nisso concordamos com Alan Turing, ou seja, não podem ser resolvidos mediante operações meramente lógico-formais, e creio ser desta ordem os problemas que conduzem corpos à cadeia.

Portanto, indaga este trabalho se seria ético tratar como computáveis problemas como o da aplicação de uma sanção, ao invés de abrir o leque para outras considerações para além do *guilty or not guilty* – justamente uma lógica binária, tão afeta aos programas de computação. Admitida a abertura, o meio para a efetivação dessa análise é também uma questão a se debruçar, pois sendo democrática a aspiração, também deve ser a sua forma de exercício, e, como já dito, a aposta que se faz é pela democracia.

1.4. A DEMOCRACIA DA COMPLEXIDADE, OU: A COMPLEXIDADE COMO MARCA DA DEMOCRACIA.

Abordada sumariamente a posição deste trabalho acerca da pretensão de exatidão na aplicação do Direito pela via do raciocínio analítico para a solução de qualquer problema, já se tem expresso que o reconhecimento da complexidade e o aprimoramento das instituições para lidar com ela é algo imprescindível para a efetivação disso a que aqui chamamos democracia.

Democracia é um termo demasiado disputado por diferentes correntes ideológicas. Não há que falar em um conceito único que dê conta da pletora de acepções que essa noção comporta na atualidade. Democracia na boca do liberal não é o mesmo que a ideia de democracia enunciada por um comunista, e nem uma, nem outra se confunde com a ideia de democracia para os atenienses dos séculos VI e V *a.c.*

Dito isto, cumpre ensaiar brevemente a ideia que a este trabalho interessa comunicar como democracia, sem a pretensão de encapsulá-la em um conceito definitivo. Uma forma de começar a entendê-la é a diferenciando daquilo que ela não é, ou que não a define, por exemplo: não se trata de um regime de governo no qual o poder se exerce pelo povo e para o povo, compreendendo-se o *povo* como uma entidade metafísica.

Não que um governo para o povo e pelo povo não seja democrática, apenas isso não diz nada. O que significa governar para o povo? O que é esse *povo*? O que é o *povo* governando? Tais expressões podem, inclusive, ser contraditórias, como ocorre se a referência for a obra de Aristóteles, para quem é risco inerente à democracia sua degeneração pela demagogia, dando-se mais importância ao fato de o poder se exercer pela massa do que ele se exercer ordenado ao bem-comum (ARISTÓTELES, 2011).

Democracia não é somente um povo governando um Estado, mas um povo governando a si próprio, assumindo a responsabilidade por um projeto de nação, ao revés de aceitar passivamente a posição a que foi relegado pelos processos históricos até então. Instituições democráticas devem resistir a pressões antidemocráticas, ao governo da simplicidade. O intuito destas palavras é reforçar que democracia não é tomada aqui como um regime de governo, mas uma tendência – que inclusive extrapola as noções estreitas de governo e de Estado –, a qual não possui forma definida, visto que ela há de brotar da interação social de um povo voltada ao bem comum e atenta à complexidade da vida social.

Pensar democracia hoje significa pensar democracia *para hoje*, ou seja, refletir sobre o que reduz a potência, a integração, a experiência comum de povo (como ocorre pelo simplismo idiotizante da hipermodernidade), e propor meios para reverter os processos deletérios e para realizar uma sociedade ordenada ao bem-comum, acorde à vontade e ao modo de vida da comunidade.

A aposta democrática que faço é em mecanismos emancipadores dos indivíduos e fomentadores da experiência coletiva, compartilhamento da riqueza socialmente produzida – de modo a viabilizar um cenário de real liberdade –, mecanismos de planejamento econômico voltado à realização de potencialidades da cultura e do território a serviço do bem-comum, ampliação da participação direta dos cidadãos interessados tanto na política (não necessariamente pelo sufrágio e por critérios majoritários), quanto nos processos produtivos da sociedade... nesta toada seguiria a enumeração. Entretanto, interessa mais pensar, para os

propósitos deste trabalho, o que é democracia no que se refere ao tratamento dos indivíduos pelas instituições.

Instituições democráticas são aquelas que operam em prol da consecução dos objetivos democráticos (alguns dos quais referenciamos) e que sejam balizadas segundo uma produção intelectual coerente à natureza das coisas, que tenha honestidade intelectual. Enquanto democráticas, as instituições devem respeitar a dignidade humana dos indivíduos, e isso passa por considerá-los em sua realidade concreta e histórica.

Sim, numa democracia da complexidade a doutrina tende a ser bem estimada e observada pelos operadores técnicos do Direito – e também de outros campos institucionais –, e o debate público deve ser fomentado para além das demagogias de turno, sendo de grande importância a atuação da elite intelectual da comunidade.

Uma tal democracia reclama uma expansão expressiva da *experiência do comum*. O nome *comum* vem da expressão latina *cum munus*, que se poderia traduzir por coatividade, ou coobrigação. No grego, Aristóteles empregava o termo *koinōn* como agregação de atividades, o que envolvia alternância de governados e governantes (ARISTÓTELES, 2011).

A democracia representativa, em lugar de abrir espaço para essa experiência do comum, restringe a um limitado número as pessoas autorizadas a falar e agir investidos do poder público (DARDOT *et* LAVAL, 2017). E a experiência do *comum* fica restrita a um campo diminuto da vida em sociedade, enquanto a vasta maioria das coisas são repartidas entre o domínio dos interesses privados e o domínio das burocracias estatais. O *Comum* não pode ser reduzido ao domínio do estatal, nem se confunde com a soma dos interesses privados, sendo aquilo que não é passível de negociação, ou de apropriação excludente.

Entre outros domínios – como o da educação – que os filósofos Pierre Dardot e Christian Laval entendem que deve fazer parte do *Comum*, pela necessidade de resistência aos influxos simplificadores subordinados à lógica hipermoderna, entendo caber a jurisdição penal, ao menos no que toca ao juízo condenatório/absolutório, como um filtro democrático dentro do devido processo legal.

A assim chamada democracia representativa não realizou a democracia nesses parâmetros. Ao contrário, embala-se num curso de tendências que se afastam dessas metas, com agudização de processos cada vez mais internacionalizantes, em que faz tábula rasa da formação das comunidades locais, de suas peculiaridades. O entendimento da forma justa de tratar o semelhante em cada comunidade pode variar, pode conduzir a percepções diferentes de como proceder em caso de transgressões, o que não é redutível a uma verdade dogmática universal de como punir

Dito isso, a relação instituição-cidadão deve, tanto quanto possível, sempre ser mediada pela ética da complexidade, a ética democrática, e isso não significa que a solução democrática sempre será a posição majoritária da população, nem significa que será algo “subjetivo”, no sentido de gosto pessoal ou arbitrariedade. Não. Muitas vezes há como tratar objetivamente da questão e propor uma solução adequada, não necessariamente exata, mas percebida como acertada ao caso.

Ao ler *Antígona*, de Sófocles, ou outra obra que envolva um julgamento que toque a questões éticas controversas, é inevitável se atravessar de afecções, de sentimentos, de razões... Pode ser que não se tenha patente uma decisão segura e convicta, uma certeza irresistível, mas se impõem as impressões.

Quando ocorrem controvérsias éticas, e quando o contemplador – seja o leitor ou o julgador – está absorvido pela trama, é certo que as impressões são afirmações daquilo que constitui esse contemplador: brotam do solo do espírito, da *psiquê*, como um produto de memórias, experiências, de sua índole, de seu temperamento, em uma gama incomputável de variáveis, que não raro escapam da consciência.

Essas impressões não se limitam a constatar se o fato corresponde à moldura abstrata da norma positivada, mas se é justa a condenação; se condenar é a medida ética; se for, as impressões podem conduzir à reflexão sobre qual seria a condenação adequada...

Tal experiência (íntima e multifatorial) é de grande valia para a efetivação de uma democracia da complexidade, e a proposta encetada neste trabalho é justamente nesse sentido. Sob o paradigma da democracia da complexidade a forma importa, não só o conteúdo.

A medida proposta é de inserir, após a instrução processual, uma etapa de análise ampla e íntima da demanda, na qual se oportuniza o veredito de arbítrio de impunidade (ou

desculpa exofática, ou graça democrática...), o qual, se exercido, absolve o arguido ou altera a pena aplicável (reduzindo o limite ou modulando o tipo de pena), e se não exercido, autoriza o magistrado competente a proceder à sentença, condenatória ou absolutória, com a devida fundamentação.

Tal inovação (inspirada na possibilidade de absolvição pelo terceiro quesito do Tribunal do Júri brasileiro – “o jurado absolve o acusado?”) implica uma complexificação no rito processual, e como a forma (o meio) importa, o arbítrio de impunidade, para melhor atender ao imperativo democrático, há de ser facultado a um coletivo de cidadãos (não necessariamente com formação em Direito) sorteados.

Um fazer comum, como uma obrigação cívica, legítima democraticamente a medida jurisdicional e qualifica a cidadania.

2. A PUNIBILIDADE COMO CATEGORIA PROPÍCIA À INTEGRAÇÃO DOS JUÍZOS ÉTICOS.

2.1. A PUNIBILIDADE COMO *IUS PUNIENDI*.

Como exposto no Capítulo anterior, a possibilidade de juízos éticos comporem a jurisdição penal pode contribuir para o aperfeiçoamento democrático de uma sociedade, desde que não viole direitos e garantias fundamentais.

A jurisdição penal compreende diversas análises, e é argumentável que umas sejam mais permeáveis a juízos éticos do que outras, a depender do objeto, entretanto, sem prejuízo do reconhecimento da possibilidade da valia de juízos éticos em outras categorias, este trabalho dará enfoque à categoria da punibilidade como ferramenta para viabilizar que a análise metanormativa integre o ato jurisdicional.

Reitere-se, para diminuir o risco de confusão: pode haver outras formas de incorporar juízos éticos na jurisdição penal, como pela via da culpabilidade, tal qual explorado por PALMA (2005), porém, o presente trabalho abordará especificamente a incorporação de juízos éticos na análise da punibilidade por um Tribunal Popular.

Antes de tratar do Tribunal Popular, cumpre abordar que espaço é esse que proponho haver para os juízos éticos na análise da punibilidade, e desde já preciso deixar explícito que não me limito, no que tange à punibilidade, a afirmá-la em função do seu conjunto de condicionantes em abstrato.

É uma ferramenta didática e operacional interessante, todavia confundir a categoria da punibilidade com a soma dos fatores mencionados impede a ampliação das discussões dogmáticas a seu respeito e inibe o surgimento de reflexões que exorbitem esses fatores, mas que concirnam à punibilidade.

Por isso, parto de uma definição bastante ampla do conceito, buscando entendê-lo a partir do que o condiciona, ao que vale citar Francesco Alimenta, quando ele entende por condições de punibilidade cada fato, cada requisito que autoriza a imposição da pena, ou seja: *“tutto ciò che condiziona la pena, potrebbe chiamarsi condizioni de punibilità. Quindi, gli elementi del reato sarabbero tutti dele condizioni de punibilità”* (ALIMENTA, 1938, fl. 10).

É bem verdade que o próprio jurista italiano julgava demasiado tautológico este conceito geral, e que trataria de causas específicas condicionantes da pena, entretanto isto não contradiz o conceito, apenas induz ao reconhecimento de que há fatores condicionantes da pena que não são abarcados pelas categorias próprias da Teoria do Delito, mas que gravitam no campo da punibilidade.

Antes de avançar, importa esclarecer que não se olvida a discussão sobre a inclusão da punibilidade na Teoria do Crime ou na Teoria da Pena, bem como sobre sua autonomia enquanto categoria (PINTO, 2013), ao que cumpre desde já esclarecer que, no que toca à teoria de inserção, filiamo-nos à última corrente, reconhecendo a punibilidade como pertinente à Teoria da Pena.⁶

Com efeito, o assunto não é um território pacificado, pois como expõe Walter Bittar (2015, fls. 34-35), há muita polêmica relacionada à punibilidade, por confusão entre suas condições, suas características e suas consequências, bem como se deve ser tratada como uma categoria da Teoria do Delito ou da Teoria da Pena.

Entre os posicionamentos em disputa, concordo com Hernán Malarée e Juan José Ramírez (2006, fl. 156), quando os autores afirmam que a definição de delito não carece do elemento punibilidade, visto que este não lhe seria constitutivo, mas relativo ao juízo de necessidade da pena e/ou a considerações de matiz político-criminal no sentido de se prescindir da pena ou de mitigá-la, em prol de uma resolução diversa do conflito.

Deixo de consignar outras perspectivas, por não entender oportuno vincular a temática do trabalho a considerações sobre em qual plano teórico se situa a punibilidade – se na Teoria da Pena ou na Teoria do Delito –, visto que a ideia que se quer comunicar, decerto, pode ser articulada em uma ou em outra, de modo que não há conveniência em explorar a polêmica, sob pena de desviar do foco pretendido, ao que cumpre retomar à definição da categoria.

⁶ Tal distinção, embora diretamente implicada em algumas das conclusões a que chegaremos, não será aprofundada em minúcias, como ocorre em pesquisas dedicadas especificamente à topologia dogmática da categoria, de sorte que não são descartadas outras formas de abordar o fenômeno da absolvição por arbítrio de impunidade a partir de uma concepção da punibilidade como categoria interna à Teoria do Delito, apenas não será essa a abordagem realizada neste trabalho.

Tudo o que o Estado necessita para se autorizar a infligir a pena pode ser tratado em termos de condições de punibilidade, notadamente o injusto culpável e a condenação definitiva/suficiente (a instância suficiente varia conforme o ordenamento jurídico observado) do agente delituoso, após o trâmite do devido processo legal.

Frederico Costa Pinto chama de “sistema categorial do facto punível (...) uma sequência ordenada de elementos condicionante da pena” (2013, fl. xxxiii), o que encontra eco na definição aqui ensaiada, mas é parte do propósito desta pesquisa afastar o fato delituoso do protagonismo analítico do fenômeno da pena, ao que falarei, mais adiante, em agente punível, uma vez que a punição, a condenação recai sobre uma pessoa, não sobre uma conduta, nada obstante seja imprescindível a acusação do cometimento da conduta criminosa para a condenação, todavia, isto é tão imprescindível quanto outros elementos que condicionam a pena, como a obediência ao devido processo legal, à duração razoável do processo, entre outros.

É evidente que a noção de cometimento de crime abarca, conseqüentemente, os seus requisitos de depuração analítica (conforme WELZEL, 2004), portanto, hão de ser verificadas a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Porém, não só. Não é suficiente que a acusação seja verdadeira, que a conduta consista em delito; é preciso que isso se diga da forma correta, da forma aceitável. “No processo penal, forma é garantia” (LOPES JR., 2009, p. 389), e, portanto, é imprescindível que o reconhecimento do fato como criminoso ocorra formalmente, por édito condenatório definitivo/suficiente, praticado por um agente competente (JAKOBS, 2001), após o trâmite regular do processo.⁷ Sem tal lastro, não há o reconhecimento legítimo da ocorrência do crime, para os efeitos da aplicação de pena.

Assim, o crime (em concreto) é *conditio sine qua non* para a punibilidade (em concreto), sendo-lhe precedente e dela independente, ao contrário da relação desta para com aquele, e desta feita entendo que a punibilidade não pode estar inserida na Teoria do Delito, visto que não é imprescindível para a caracterização do crime, mas este está inserido dentre os requisitos necessários à realização do *jus puniendi*.

⁷ Vale destacar, a esse propósito, o art. 5º, LVII da Constituição Federal brasileira e o art. 32º, 2, da Constituição portuguesa.

Por consequência, abordo a punibilidade como o *jus puniendi* em sentido concreto⁸, e aqui importa deixar claro que a concreção o direito de punir estatal não se confunde com a concreção da pena⁹: não é preciso que haja a pena para que se perfectibilize o direito de punir, conquanto seja necessária a concreção do *jus puniendi* para a aplicação legítima da pena.¹⁰ Além disso, antes da condenação a punibilidade não existirá senão como uma expectativa, uma pretensão punitiva justificada por evidências fáticas e pelo cumprimento de regras jurídicas que atribuam à persecução justa causa. Ainda assim, não mais do que uma pretensão. É pelo processo penal que será julgada esta pretensão, e se procedente, dar-se-á o juízo de culpa e a punibilidade passará de um objeto em potência para um autêntico direito de punir.

Nada obstante, há as causas extintivas de punibilidade, as quais operam não só quando o direito de punir está plenamente constituído. Como extinguir o que nunca houve? Bem, neste caso é fulminada a pretensão punitiva antes que a punibilidade surja em sua plenitude, sendo-lhe um óbice: a redução à impossibilidade daquilo que outrora era visto como possibilidade.

São várias as potenciais causas de extinção da punibilidade, porém será especialmente trabalhado aqui nesta pesquisa o óbice à punibilidade pelo juízo de desnecessidade da pena (total ou parcial, visto que pode ensejar uma absolvição ou uma mitigação da pena), expresso pelo que será caracterizado como arbítrio de impunidade (ou desculpa exofática, ou graça democrática).

⁸ Nada obstante o uso destes termos, não há que confundir com a ideia de punibilidade concreta que alguns doutrinadores tratam como integrante da teoria do delito (EISELE, 2019), pois não se faz aqui uma oposição entre punibilidade abstrata e concreta, mas se afirma a punibilidade como algo concreto ou, metonimicamente (não mais do que uma figura de linguagem), a possibilidade de ter perfectibilizada a punibilidade. Ou seja, o que normalmente se trata por punibilidade aqui é encarado como possibilidade de punibilidade.

⁹ Andreas Eisele também entende que “a possibilidade jurídica de incidência de uma pena deve ser diferenciada de sua efetiva aplicação no plano conceitual” (EISELE, 2019, fl. 58), defendendo o advento de um acordo semântico sobre as categorias de punibilidade e penalidade.

¹⁰ É o caso de quando uma condenação transita em julgado, conferindo ao Estado o direito de punir, porém este é extinto pelo decurso do tempo, quando o condenado não é efetivamente apenado e se opera a prescrição. Punibilidade constituiu-se plena, mas foi fulminada pela prescrição.

2.2. O JUÍZO DE (DES)NECESSIDADE DA PENA E A PUNIBILIDADE COMO *IUS PUNIENDI* EM SENTIDO CONCRETO.

Já se viu que a punibilidade é aqui tratada como sinônimo de direito de punir, e como tal não integra a Teoria do Delito, a partir do que se pode pensar a pena (enquanto aplicação, não enquanto prescrição) como algo separado do crime. Não como algo independente, decerto, pois não há pena sem um crime que a justifique, nem crime sem prévia cominação legal que estabeleça a pena correspondente, de modo que são conceitos com um certo grau de interdependência em suas definições, porém, é preciso pensá-los separadamente para refletir sobre a possibilidade de avaliar a necessidade da pena quando praticado o delito.

Quando reconhecida a autonomia da sanção frente ao crime, constata-se que este não reclama aquela como necessariamente, como consequência inarredável de todo e qualquer delito, mesmo porque, como será melhor tratado adiante, a existência da pena como previsão, como possibilidade, já produz efeito e afirma a vigência da norma incriminadora e da expectativa normativa de conduta social (JAKOBS, 2003).

É certo que existem fatores consagrados na legislação que afastam a punibilidade, e um exemplo disso é o art. 107 do Código Penal brasileiro, que estabelece as seguintes hipóteses: (I) a morte do agente; (II) anistia, graça ou indulto; (III) a *abolitio criminis*; (IV) a prescrição, decadência ou preempção; (V) renúncia da queixa ou aceitação do perdão, em caso de ação de iniciativa privada; (VI) retratação do agente, quando a lei admite; (VII) e pelo perdão judicial, quando a lei permite. Além dessas hipóteses, há outras, e a doutrina produziu a distinção entre as condições de punibilidade (que têm caráter positivo, pois viabilizam a persecução penal) e as causas pessoais de exclusão ou supressão da pena, conhecidas como excusas absolutórias (que têm caráter negativo, por fulminar ou mitigar a pretensão punitiva) – há também a discussão sobre condições objetiva de punibilidade impróprias, que incrementariam a pena (CARVALHO *et* KASSADA, 2014), mas tal figura não é pertinente a este Capítulo.

Essas hipóteses são notavelmente heterogêneas, contudo, todas elas cabem sob o pálio da punibilidade, o que não significa que a categoria seja tratada como mero amontoado desconexo de hipóteses que não encontram localização sistemática adequada na Teoria do Delito, sendo necessário tratamento compatível à importância de seu papel político-criminal (CARVALHO *et* KASSADA, 2014).

Pois bem, as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias atuais cobrem um vasto espectro, mas não são suficientes para introduzir juízos éticos na jurisdição penal, pois são bastante específicas e instrumentalizadas de modo silogístico (talvez a anistia, a graça, o indulto e o perdão permitam o cotejo de razões éticas, mas, ainda assim, são hipóteses muito restritas).

O reconhecimento da categoria da punibilidade como o próprio direito de punir, bem como de sua proximidade à política criminal, alinhado à ideia de democratização da jurisdição penal, conduz à conclusão de que um instrumento que permita pôr em questão (com amplitude) a *necessidade* da pena pretendida para o arguido figuraria como uma condição de punibilidade capaz de abarcar juízos éticos.

Neste quadro, o *ius puniendi* restaria obstado sempre que fosse reputada a pena desnecessária, o que poderia ocorrer por variadas razões, sempre emergentes do caso em julgamento. Ocorre que falar em *necessidade* implica avaliações que considerem, além de particularidades da demanda, o papel da pena, afinal, apenas à luz da compreensão do propósito de algo é possível afirmar se este é necessário ou não, o que conduz ao próximo tópico.

2.3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FUNÇÕES DA PENA NA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA DA COMPLEXIDADE.

A proposta é de que juízos de desnecessidade da pena tenham condição de ser formulados possam obstar a punibilidade. Mas a noção de necessidade pressupõe uma finalidade – (des)necessário para algo –, o que demanda uma tomada de posição no que tange à teleologia da pena, à função que lhe é associada.

Reconhecer uma função da pena pode parecer, mas não é uma tarefa tão objetiva. Na verdade, a finalidade que se concebe para a pena gera implicações diretas no campo da política criminal, podendo tanto contribuir para a imposição de limites, quanto fomentar a sua expansão. Não é que todas as propostas se igualem qualitativamente, pois é evidente que há formulações mais sofisticadas do que outras, alicerçadas em ramos do saber como a linguística, a antropologia ou a sociologia, ou datadas como pensamentos próprios de seu tempo, que já se mostram anacrônicos aos olhos da doutrina dominante.

Não sendo as ciências criminais/penais um saber exato, parece mais propício avaliar as ideias sob o prisma da evolução de paradigmas (KUHN, 1998)¹¹, de modo que é possível enxergar acertos em diferentes proposições, nada obstante não pareça a mais adequada, ao mesmo tempo em que esta mais adequada não encerra o todo do fenômeno: é um recorte do objeto a partir do qual se formula uma teoria cuja aplicação será relevante para a formulação das teses na operação do Direito. Não é sobre certo ou errado em sentido absoluto, mas sobre a abrangência do objeto e o que é respeitado e o que é desprezado em cada teoria. Isso deve ser constantemente questionado, para que os referenciais epistemológicos atendam às exigências dos referenciais éticos pretendidos para uma sociedade.

Deste modo, aquilo que se diz sobre qual é a função da pena, diz de quem responde, de suas preferências teóricas, do modelo de sociedade em que se insere, ou no qual quer estar inserido. Portanto, não há uma resposta atemporal, que valha por todas, mas respostas que contemplem diferentes facetas do fenômeno. É claro que não é um “vale-tudo” epistemológico: umas respostas podem estar contidas em outras; umas podem ser mais consistentes e/ou sofisticadas do que outras.

O certo é que a partir do que se entende como função, o jurista pode fazer articulações com outros saberes e com o próprio ordenamento jurídico, não só de modo a influenciar na política criminal, na criação de novos dispositivos legais, mas também na aplicação das normas já positivadas.

Para a realização da jurisdição democrática e complexa, proponho o reconhecimento de uma dupla função: abstrata e concreta. No plano abstrato, ou seja, a pena como prescrição legal para uma conduta definida como crime, funciona como afirmação da vigência da norma, de modo a comunicar a expectativa normativa eleita pelo Estado como adequada, conforme Günther Jakobs (2003), tendo eficácia preventiva geral positiva.

No plano concreto, entretanto, a natureza é outra, ou seja, a aplicação de uma pena tem propósito distinto da cominação legal desta. É certo que sempre a afirmação da norma estará embutida em uma sentença condenatória, mas isso não encerra o porquê da penalização. Quando da aplicação da pena, há a imposição de *correção*, de reparação de uma injustiça pela

¹¹ Na verdade, não só por não se propor um saber exato, visto que a explicação paradigmática de Thomas Kuhn para as evoluções e revoluções na ciência não se restringe a tais saberes, alcançando também as assim chamadas *hard sciences*.

superveniência de um mal justificado, após a apreciação ética da pertinência e da necessidade da pena contra a pessoa do arguido.

Sob uma perspectiva ética, é salutar que as penas não tenham caráter de exclusão, ao revés: é importante que seu cumprimento não negue a dignidade do apenado e alcance, quando for o caso, os fins almejados pelas correntes que pugnam pela chamada ressocialização¹², mas ao fim, se não houver o componente de correção pela aplicação de um mal como resposta a outro mal, não se estará a falar de pena. Poderá ser uma medida socioeducativa, ou de segurança, ou de saúde, mas não será uma pena.

Isso faz lembrar a famosa sentença de Gustav Radbruch: “Não queremos um Direito Penal melhor, queremos algo melhor que o Direito Penal” (RADBRUCH, 2004, fl. 246). Há medidas que tratam o fenômeno da transgressão sem o elemento *castigo*, e talvez novos avanços na ética e na literatura jurídica permitam o surgimento de cada vez mais dessas medidas, mas não se pode negar que a demanda por castigo radica em sentimento humano, natural e espontâneo.

Em um filme, o vilão não faz nenhum mal ao espectador, nada obstante, é bem possível que este se sinta aviltado se malfeitor sair impune ao fim da trama. Isso porque *algo* no espectador se sentiu aviltado, e esse fenômeno é complexo demais para formular em poucas palavras com grande precisão, pois remonta não só ao aprendizado social, à engenharia comportamental a que foi exposto, mas, possivelmente, à própria estrutura de seus afetos, de seus juízos, ao que tudo indica, uma herança evolutiva, uma vez que bebês e outros animais apresentam comportamento análogo.¹³

É claro que pode ocorrer também um arco de redenção do vilão, e o espectador fique pacificado com o desfecho. Logo, uma redenção ou uma manifestação virtuosa de perdão poderiam surtir no espectador um sentimento equivalente de pacificação ao acometimento de um mal, bem como pode ficar incomodado com o acometimento de um mal após a redenção.

¹² O que é tratado por Paul Ricoeur como um conjunto de práticas atinentes ao que ele chama de “pedagogia da pena” (RICOEUR, 2008a, fl. 193), uma vez que entende que “a execução da pena equivale a um processo de dessocialização acelerada (RICOEUR, 2008a, fl. 194).

¹³ Estudos sugerem indícios de que bebês têm senso de justiça (SOMMERVILLE *et al.*, 2018), assim como, aparentemente, certos animais superiores, como chimpanzés (BROSNAN *et WAAL*, 2003).

Esses sentimentos surgem espontaneamente e são constitutivos dos juízos éticos. O ponto aqui é que o mal ocorrido a um malfeitor em uma história ficcional pode ou não *funcionar* como justiça para espectador, a depender da história e/ou do espectador.

Portanto, a pena, em concreto, *funciona* como um mal que provoca sentimento de justiça e correção quando recaído sobre o agente de um mal anterior. Sendo este seu *funcionamento* essencial, não se pode negar ser essa a sua *função*. E do mesmo modo que um mal posterior a uma redenção pode agredir o sentimento de justiça do espectador, o julgador só deverá aplicar a pena se ela for necessária à pacificação desse sentimento, se julgar necessário aplicar a correção sobre o arguido.

Sobre esse caráter retributivo, também o enxergavam Aristóteles (2013), com uma ideia de restabelecimento simétrico (tanto quanto possível) da justiça anterior ao mal, e Nietzsche (2009b e 2014), sendo a dor do causador do mal uma forma de pagar pelo mal, a oferecer ao ofendido e à comunidade o regozijo de vê-lo sofrer.

Pois bem, enquanto infelizmente não temos “algo melhor do que o Direito Penal” para aposentá-lo, essa natureza retributiva estará presente. Assim, as duas dimensões funcionais da pena comportam a perspectiva funcionalista de Günther Jakobs e uma versão da teoria retributiva atenta não a uma ideia universal de justiça, a moralizar a retribuição, mas a uma demanda orgânica de justiça enquanto sentimento autêntico.

Essa independência funcional implica que a primeira função (abstrata) se impõe ainda que não ocorra, necessariamente, a aplicação efetiva da pena em cada caso, o que encontra eco na obra de Günther Jakobs:

En un ejemplo: el homicida declara a través de su hecho – *sit venia verbo* – que matar es aceptable en sociedad, pero la pena significa que eso no es así. Más aún: ya a través del mero hecho de que un delito sea perseguido se muestra que se pretende mantener la configuración que la sociedad ha tenido hasta el momento; incluso la mera denominación de un delito como tal delito significa su marginalización comunicativa; por lo tanto, es posible que exista comunicación acerca de la estructura normativa de la sociedad sin la imposición de una pena, sin dolor (JAKOBS, 2003, fl. 51).

É evidente que se a pena deixar de ser aplicada em um número muito expressivo de casos, é possível que a primeira função fique comprometida, com risco de a norma se converter em “letra morta”, o que deve, dentro de uma dinâmica democrática, ser objeto de debates, seja para que se persuadir a sociedade sobre o rumo a tomar nos julgamentos (para

que haja mais condenações), seja para adequar a norma à realidade social, ou mesmo para cancelá-la do mundo jurídico.

Bem, é preciso traçar quais são as funções da pena, o que dela se espera (enquanto comando abstrato e enquanto medida concreta), para que não seja o Direito Penal desviado de seus propósitos ou levado a violar valores estruturantes, ou seja, para que não se opere a sua perversão (DUFF, 2010).

2.3.1. É possível conjugação dessas duas perspectivas em uma teoria da função da pena?

Bem, se neste trabalho há tanto endosso à perspectiva funcionalista de Günther Jakobs, cumpre explicar um pouco mais o porquê de achar que ela sozinha não é suficiente para contemplar o que proponho para a análise da pena e da punibilidade, bem como demonstrar a coexistência dessas perspectivas numa teoria da função da pena, uma vez que, como se verá adiante, o próprio Jakobs não é simpático a essa ideia.

Jakobs (1998, fl. 32) entende que a teoria da prevenção positiva é próxima à teoria de Welzel de que o Direito Penal tem uma “função ético-social”, que seria a proteção da vigência dos valores dos fatos das atitudes conforme ao Direito, o que constituiria o “juízo ético-social dos cidadãos” e fomentaria as atitudes conforme ao Direito.

A tese, com efeito, apresenta coerência e sofisticação, contudo, o emprego dos termos de Jakobs do agir comunicativo, ou seja, de que o agir criminoso comunica um contraprojeto em face do projeto de sociedade, embora formalista, soa, quando pensado na prática, um tanto paranoico¹⁴ – com a devida vênia –, e uma análise tão cartesiana, pretensamente tão exata e universalista, a despeito de bastante profícua, pode conduzir a equívocos e limitações.

¹⁴ Ora, será mesmo que cada conduta típica comunica o um anteprojetado de sociedade? Será que a trama de cada indivíduo não pode apresentar implicações mais complexas, até téticas, e que não se pretendam generalizáveis? Além disso, um modelo no qual “o delito é uma rebelião contra a norma” (JAKOBS, 2003, fl. 47) e o Estado aparece para anular cada rebelião, cada anteprojetado operando a negativa da negativa como afirmação da norma positivada, conquanto precisa no plano formal, soa estranho a uma gramática democrática, e não contempla a complexidade eventualmente envolvida num fato concreto.

Sobre o agente do delito, Günther Jakobs entende que “*el autor afirma a través de su hecho que el mundo debe ser configurado del modo en el que él se comporta, es decir, en contra de la norma y no de otra manera.*” (JAKOBS, 2003, fl. 51). Em resposta, o Estado aplica a pena, a qual

debe ser una respuesta con el contenido de que el ataque del autor contra la estructura normativa de la sociedad no es determinante y que esta estructura mantiene su configuración sin modificaciones. Dicho de otro modo: el autor afirma que el contenido comunicativo de su comportamiento es válido para ulteriores comunicaciones, pero la punición pone en claro que eso no es así. En un ejemplo: el homicida declara a través de su hecho — *sit venia verbo* — que matar es aceptable en sociedad, pero la pena significa que eso no es así (JAKOBS, 2003, fl. 51).

Trata-se do fenômeno da marginalização comunicativa, que anulará a suposta pretensão de generalização do ato delitivo, pela afirmação da norma vigente.

Como já referido, Günther Jakobs entende que o fato de o delito acarretar um processo já cumpre integralmente a função preventiva geral positiva, a prescindir da aplicação concreta da pena. Portanto, a teoria, embora bem articulada no que tange aos afeitos comunicativos da cominação legal e da persecução penal, não alcança a punibilidade, o efetivo direito de punir, sendo, dessa forma, insuficiente a descrever adequadamente a função da pena, pois não a considera enquanto aplicação.

Na verdade, chega a escrever que a pena seria um efeito da função preventiva geral, e, portanto, não se deveria entender a teoria como *preventiva* por causa da aplicação da pena: “*no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma*” (JAKOBS, 1998, fl. 33).

Porém, isso não resolve a questão, pois se a função abstrata prescindir da aplicação da pena, esta aplicação não seria um mero exaurimento da função comunicativa. Precisa ter algo de autônomo, uma função própria, que a justifique, quando ocorra, e entendo que essa função justificadora seria a já mencionada demanda por correção, por afligir um malfeitor com um mal não para marginalizar o significado social do delito, mas para ver sofrer o condenado. É da ordem do visceral, e, como tal, nenhuma formulação universalista pode dar conta.

O enfoque de Jakobs na comunicação parece excluir da relação justamente o elemento nela pressuposto: os corpos humanos que vetorizam essa comunicação, tanto os que agem, quanto os que interpretam a ação. É compreensível e louvável o esforço para não “psicologizar” demais a discussão sobre a função da pena, e nisso conceber um sistema que marginaliza o significado do fato delituoso por efeito da vigência da norma através da pena (1998, fl. 33), porém isso, por si só, não é suficiente para assegurar o caráter democrático da jurisdição.

Na verdade, um tal sistema se afigura como um ser tanto metaindividual quanto metacoletivo, e por isso torna-se difícil compatibilizar a justiça para o sistema o sentimento de justiça que alcança a um cidadão. O sistema não é nem um indivíduo nem um coletivo de indivíduos, é uma abstração. A administração da Justiça, se demasiadamente focada em uma abstração, incorre no afastamento da justiça que neste trabalho vem sendo tratada como democrática.

Portanto, segundo entendo, a teoria, devido a seus méritos e precisão analítica, não deve ser rechaçada, mas complementada, bem como abordada num léxico mais condizente à democracia da complexidade. Contudo, para isto será preciso superar algumas dificuldades teóricas sinalizadas pelo próprio Günther Jakobs.

Em “*Sobre la teoria de la pena*” (1998), Jakobs afirma que as teorias voltadas à retribuição e à prevenção não podem se unir, pois entende que a retribuição da culpabilidade deslegitima a prevenção, então é preciso redarguir isso.

Num plano unidimensional, e que fosse referente ao caráter abstrato do Direito Penal – ou seja, a prescrição penal, e não a pena –, ele poderia estar correto, pois a disputa estaria no plano da legitimidade para a prescrição da pena. Mas, conforme entendo e abordo no presente trabalho, o Direito Penal não se resume às cominações legais e à teoria analítica do crime, de modo que a punibilidade enquanto direito de punir (em sentido concreto) há de ser reputada enquanto categoria do Direito Penal, e sua função há de ser contemplada como função do Direito Penal.

É como se função de prevenção geral positiva fosse viabilizada pelo sentimento de legitimidade que a previsão abstrata de pena gera como consequência de retribuir um mal. Se fosse possível decantar o que seria uma espécie de razão do estado e o que seria o sentimento

humano, é como se a função da pena se explicasse em termos de prevenção geral positiva para aquela, e como retribuição para este. Não seriam, portanto, imiscíveis, como aborda Jakobs, mas se revelam separadamente, a depender de por qual prisma se observe.

O que devo argumentar, contudo, é que não só uma não exclui a outra, como a presença de uma isoladamente não é suficiente para legitimar a pena em um sistema que se almeje democrático. Ou seja: a mera retribuição, sem o fito de manutenção da vigência de uma norma cuja pertinência é atestada em forma de política criminal, não é legítima, assim como não é legítima a mera aplicação de uma norma penal para a manutenção da realidade social quando a conduta não apresentar suficiente grau de reprovabilidade ou quando o agente não for merecedor da reprimenda, pelo juízo ético do ente julgador.

A dimensão preventiva é o que buscará a conformação da configuração social, conservando a norma como esquema de orientação geral e preventiva (JAKOBS, 1998, fl. 32), e a dimensão retributiva, corretiva, é que possibilitará um juízo de adequação da pena ao arguido.

2.4. O CORPO PUNÍVEL: UM GIRO ANALÍTICO – CONDUTA/AGENTE.

Já foi exposta a concepção adotada de punibilidade e brevemente ensaiadas quais seriam as funções da pena, e a seguir nesta toada, o presente trabalho propõe uma espécie de giro na análise da condenação, mudando o direcionamento dos holofotes do crime para o agente.

Isso parte da perspectiva nietzscheana de resgate do criminoso de seu crime (NIETZSCHE, 2009a), e isso será mais aprofundado ao longo deste trabalho, mas desde logo interessa explicitar essa postura como salutar à evolução do tratamento ético dado ao arguido.

Se punível é a qualidade daquilo que é passível de punição, não há que falar em fato punível (senão como metonímia), mas em agente punível. A punição deriva da prática da conduta, mas não recai sobre ela. Não se pode punir o fato: pune-se pelo fato.

É possível que essa consideração num primeiro momento sob como impertinente, excessivamente rigorista conceitualmente, entretanto, o giro interpretativo possibilitado pela guinada de perspectiva é de grande valia para o melhor entendimento da coerência lógico-

sistemática da proposta, pois se está a julgar um indivíduo, por que reduzi-lo a um evento de sua vida e desconsiderar todo o resto, com vistas à aplicação de uma sanção penal?

Por exemplo: não sendo o arguido um criminoso contumaz, sendo o fato em apuração o único episódio delitivo de sua vida, seria ético (sob o prisma da democracia da complexidade) que seu projeto de vida fosse arruinado em um julgamento no qual só seria levado em conta aquilo que foi a exceção em sua história, em desconsideração de tudo o mais do que foi e do que é?

Um juízo abrangente, que tocasse a aspectos particulares do agente poderia ser acusado de implicar um Direito Penal do autor, o qual é veementemente combatido por juristas e criminólogos comprometidos com a democracia e com o Estado de Direito.¹⁵ Todavia, trata-se de um movimento diametralmente oposto. Se considerado Direito Penal do autor, há que se chamar de “Direito Penal do autor *pro reo*”, pois as características do arguido não poderão ser utilizadas como elementos criminalização ou de agravamento da pena ou de qualquer tratamento ao longo do processo.

A análise em questão se propõe complexa, não sendo seus termos redutíveis a categorias prefixadas pelo Legislador, como primariedade ou personalidade do agente, ou outros critérios – pois não só critérios personalíssimos podem ser substrato da análise ética, como também fatores externos que demonstrem o descabimento ou desnecessidade da pena, como propões Jesús-Maria Silva Sánchez com a noção de equivalentes funcionais da pena (SÁNCHEZ, 2017) –, de sorte que não sustento aqui a ampliação do rol critérios ensejadores de uma absolvição ou de comutação da pena, mas a possibilidade de esses critérios apontarem a si próprios a cada caso, se presentes, na análise íntima de um julgador com representatividade popular que avalie a eticidade da aplicação da pena.

Não se condena a um crime, mas a uma pena. Não é um veredito como culpado ou inocente, *guilty* ou *not guilty*, pois a noção de condenação passa se referir a uma consequência futura, não a uma a uma constatação do passado.

¹⁵ Conforme o jurista e criminólogo argentino Raúl Eugénio Zaffaroni, “o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva” (ZAFFARONI, 2004, fl. 115).

Com isso, parece mais simples conceber a possibilidade de reconhecimento da ocorrência do crime sem a imposição de uma pena, ou seja, reconhecer culpado e absolver. Tal figura já existe como norma positivada no Direito brasileiro, e se trata da absolvição pelo terceiro quesito do Tribunal do Júri, quando os jurados, após votarem pelo reconhecimento da materialidade e da autoria delitivas, recebem a seguinte questão: “o jurado absolve o acusado?”¹⁶. Ocorre que, apesar de vigente, essa hipótese existe como uma ilha no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é encarada apenas como uma excentricidade restrita ao Júri, que apenas se refere aos crimes dolosos contra a vida, de sorte que não há vasta elaboração dogmática sobre a matéria.

De todo modo, essa figura vem ao encontro do que tratamos como abertura aos juízos éticos pela categoria da punibilidade, e feitas essas considerações, avanço à análise da medida proposta como veículo e concreção da análise ética sobre a demanda penal.

2.5. O ARBITRÁRIO DE IMPUNIDADE COMO MANIFESTAÇÃO DE JUÍZOS ÉTICOS NA JURISDIÇÃO PENAL PELA CATEGORIA DA PUNIBILIDADE.

Feitas as considerações sobre a punibilidade e as funções da pena, bem como brevemente ensaiadas as noções de democracia da complexidade e as bases democráticas para inserção de juízos éticos na jurisdição penal, bem como feito o giro analítico de que a condenação recai sobre um indivíduo, e não sobre um crime, já há uma base razoável para trabalhar a ideia proposta como filtro de punibilidade.

É preciso desde já destacar que medida similar existe, que é a absolvição pelo terceiro quesito apresentado ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri brasileiro, como será mais aprofundado no Capítulo seguinte. Por ora, é suficiente esclarecer que se trata de uma possibilidade de absolver o acusado ainda que reconhecido o crime, o que afasta a ideia de que a pena é uma consequência automática do reconhecimento do crime. Ademais, o veredito consiste na maioria de votos colhidos de jurados sorteados, que não fundamentam seus votos, e que decidem conforme sua consciência e ditames de justiça.¹⁷

¹⁶ Art. 483, §2º do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁷ Art. 472 do Código de Processo Penal brasileiro.

A ideia em questão inspira diferentes nomes, a contemplar aspectos diferentes do fenômeno. Pode ser chamada de arbítrio de impunidade, desculpa exofática, graça democrática... Tais expressões, quando usadas ao longo desse trabalho, terão o mesmo significado.

O nome arbítrio de impunidade passa o interesse de desestigmatizar dois termos maculados no senso comum (popular e jurídico). Sobre o arbítrio, interessa recordar sua acepção antiga, ou seja, não a ideia de uma discricionariedade desregrada, mas de um elemento fundamental da jurisdição, inclusive, constitutivo desta:

A antinomia entre legalidade e arbítrio judiciário pertence à época contemporânea e é uma herança do racionalismo jurídico. Até então, até o arbítrio se tornar sinónimo de incerteza e de despotismo, lei e arbítrio convivem de forma harmónica e complementar. No domínio penal, o *arbitrium iudicis* esteve laboriosamente ao serviço da construção científica do direito, da adequação da lei às circunstâncias do caso concreto e às necessidades da política criminal. O arbítrio dos juizes não viveu num território estranho ao direito. Floresceu sob o império da lei. E fez florescer o direito (ALVES, 2013, fls. 66-67).

No que tange à impunidade, a palavra está associada com a ideia de falha do Estado em não responsabilizar criminosos que mereceriam pena. Pois bem. Uma conotação negativa do termo *impunidade* erige no imaginário um valor positivo para a punitividade, ou punitivismo. É normal que o sentimento de insegurança provoque esse efeito na população e, por consequência, na demagogia política, mas é gravíssimo que esse ideário povoe o campo jurídico. Mais grave que a impunidade de um delinquente é o punitivismo cuja voracidade engula um inocente.

Por isso, proponho que o termo *impunidade* seja tratado por aquilo que é: a não aplicação de pena, não sendo, *a priori*, algo ruim. Se a impunidade é boa ou ruim, depende de cada caso em que ela se deu, e dos critérios de análise de que quem avalia.

Dá-se margem para perguntar: ora, então quer dizer que arbítrios são bons para a jurisdição? Bem, isso é um salto lógico não suportado por esta pesquisa. É como se alguém dissesse: “comer jabuticaba faz bem para prevenir gripe”, e outro concluísse: “visto que jabuticaba é uma fruta, então frutas são boas para prevenir gripe”. É claro que quando se diz que jabuticaba ajuda a prevenir gripe, diz-se que ao menos uma fruta é boa para este fim, não excluindo que outras o sejam, mas não se sustenta que todas as frutas serão preventivas; algumas podem eventualmente ser prejudiciais à saúde, sem contradizer a proposição original.

Da mesma forma, apontar a possibilidade do arbítrio de impunidade como salutar ao sistema como medida coerente e democrática não significa dizer que outros arbítrios sejam interessantes, sob a ótica político-criminal e/ou dogmática. Portanto, não há uma ode à arbitrariedade, mas o esforço em desestigmatizar o arbítrio, a fim de reconhecê-lo enquanto fenômeno e de escrutinar as suas possibilidades de incidência.

Portanto, entendo interessante esta primeira nomenclatura, por agitar os conceitos nela inseridos e convidar à reflexão sobre a naturalização de impressões valorativas (positivas ou negativas) sobre vocábulos técnicos.

O nome *desculpa exofática* ocorre em referência ao trabalho “O Princípio da Desculpa em Direito Penal” (2005), de Maria Fernanda Palma, no qual a autora estuda a possibilidade de incorporar juízos éticos na jurisdição, de forma concernente à culpa. Com desculpa exofática, busco passar a ideia de uma desculpa dada não (ao menos, não necessariamente) em função de alguma particularidade atinente ao fato praticado, seja por motivação, vulnerabilidade social ou qualquer valor que se atribua à conduta. Ou seja, é cabível a desculpa exofática por razões extrínsecas à conduta, o que difere do juízo de censura sobre o fato praticado.

Não é retirar a culpa, mas renunciar em punir alguém por um fato típico, ilícito e culpável. A desculpa, nesta formatação, aproxima-se do emprego vulgar da palavra: desculpar alguém não significa negar a culpa na conduta, mas afirmar que, embora a conduta eivada de culpa, não resta qualquer rancor ou desejo de reparação. Do contrário, ou seja, convencido de que na verdade esse alguém não agiu com culpa, não haveria o que desculpar.

O nome *graça democrática* é talvez o mais intuitivo. Há, é claro, referência à figura da graça, ou perdão régio, que era prerrogativa da realeza no medievo (GROSSI, 2014), mas atualizando-a à realidade republicana e, mais do que isso, democrática, na perspectiva da democracia da complexidade.

Nesta senda, importa fazer a distinção entre esta figura e o instituto da graça, que é a prerrogativa de Chefes de Estado de extinguir ou comutar penas, presente em diversos ordenamentos jurídicos. A graça democrática precede o juízo de condenação, sendo-lhe um óbice ou um mitigador, e é democrática não por ser exercida por um representante eleito, mas pelo próprio povo, através de jurados sorteados.

Importa fazer essa distinção, pois se tocam Direito Penal e Direito Processual Penal para a concretização dessa medida, uma vez que, com vistas a atender a exigência de legitimação da democracia da complexidade, forma e conteúdo se fundem e, em certa medida, se confundem. Parece fundamental ao cumprimento da demanda democrática que a faculdade da desculpa exofática seja confiada a um Tribunal Popular.

Ao tratar de como aferir uma hipótese de desculpa, Maria Fernanda Palma indaga acerca de como se daria o critério verificação, se relativo ao sentimento individual do julgador ou a algo que transpareaça uma legitimidade coletiva:

Mas a substância do desculpável será, ela mesma, uma emoção ou atitude de quem interpreta – insto é, apenas uma impressão subjetiva do julgador – ou será antes uma posição assumida voluntariamente por uma maioria (o legislador democrático ou a consciência coletiva)? (PALMA, 2005, fl. 225).

Pelo arbítrio de impunidade é possível ter as duas coisas, pois haverá a impressão subjetiva do julgador, mas como o julgador é um colegiado sorteado entre cidadãos da comunidade, também expressará uma consciência coletiva. Tem-se com isso a realização de um instrumento potente, injetor de substancialidade para o processo penal.

Sendo a graça democrática uma ferramenta para a realização equidade, importa considerar que a permeabilidade da problemática ética aplicável ao *ius puniendi* não precisa se encerrar no juízo absolutório/condenatório, mesmo porque a sensibilidade do julgador pode apontar para a necessidade de uma pena, mas que pode ser diversa (desde que mais branda, para não violar a natureza de garantia) daquela prevista na lei para o crime. Ademais, pelo raciocínio *a fortiori*, quem pode o mais, pode o menos. Com toda a potência trazida pela complexificação, seria uma simplificação do arbítrio de impunidade reduzi-lo à lógica binária do “tudo ou nada”.

Não penso que o arbítrio de impunidade possa se confundir com dosimetria da pena, visto que esta é consequência da condenação, enquanto a graça democrática se opera antes do juízo condenatório, podendo ser um juízo absolutório ou de validação da pretensão punitiva, para o prosseguimento do processo, mas com o entendimento de que a pena é inadequada ao arguido, de sorte que se pode entender pela fixação de patamar inferior do *quantum* da pena, ou alteração da modalidade de pena.

A partir do instituto ora proposto, torna-se possível a prevalência de valores éticos em juízos motivados por fatores que, muitas vezes, não são passíveis de exposição racional pela via da fundamentação, sendo a proposta deste trabalho para a conformação da jurisdição penal à exigência de complexificação democrática que se impõe, para atingir soluções não abarcadas (ou dificilmente abarcadas) pelo método formal de subsunção norma-fato.

2.6. A APRECIACÃO DE TEMAS ÉTICO-DILEMÁTICOS.

Neste tópico, por corolário do arbítrio de impunidade, proponho trazer ao contato da punibilidade problemáticas correntes, abordadas na doutrina, e cujo conteúdo ético-dilemático pode ser apresentado e discutido na seara do direito de punir (em concreto). Os temas mencionados os são como demonstração do potencial de complexificação da jurisdição penal pela possibilidade da graça democrática, mas não há aqui a pretensão de aprofundamento nas questões de modo a propor soluções, uma vez que o veredito depende da adesão de consciência dos jurados.

Um tema que apresenta conteúdo passível de ser explorado em um discurso que enverede pelos aspectos extranormativos de uma demanda penal é o da responsabilidade coletiva, ou seja, explorar de que forma a estruturação da sociedade favorece a ocorrência do delito em questão.

Ocorre que, a despeito de a sistemática penal se definir como um sistema de responsabilidade por culpa, parece haver um divórcio entre este e as explicações sociológicas do comportamento desviante em relação causal com o meio social (PALMA, 2005, fl. 22-23). A desestruturação das famílias, as desigualdades urbanas e regionais, a presença de subculturas não assimiladas, o racismo e outras formas de deletérias de discriminação são alguns dos fatores que se relacionam de maneira causal com uma gama de delitos: não por acaso os crimes pelos quais mais se encarcera são aqueles praticados, em sua maioria, por pessoas mais pobres, marginalizadas¹⁸.

¹⁸ É o que se pode analisar em observatórios sociais e de sistemas penitenciários, principalmente em sociedades mais marcadas por desigualdades sociais, a exemplo do INFOPEN, vinculado ao Ministério da Justiça do Brasil, do Observatório Europeu de Alternativas às Prisões e do Observatorio del Sistema Penal y de los Derechos Humanos, da Universidade de Barcelona.

Maria Fernanda Palma destaca que há relação de condicionamento entre certas condições estruturais e a responsabilidade individual:

Casos históricos como o do *apartheid*, de certas manifestações de colonialismo, e, em geral, de totalitarismo político conduzem a situações em que a responsabilidade individual é fortemente condicionada pelas estruturas sócio-políticas em que está envolvida (PALMA, 2005, fl. 23).

Com efeito, países marcados por experiência relativamente recentes de escravidão sofrem com suas chagas, as quais constituem importantes fatores de marginalização e de criminalidade. Um exemplo disso é a exclusão social dos negros no Brasil, num contexto pós-abolição da escravatura (final do século XIX) que não distribuiu terras e oportunidades (GADELHA, 1989), se comparado, por exemplo, com a experiência dos Estados Unidos da América (GUEDES, 2006)¹⁹.

Não houve políticas de transição para milhões de pessoas que trabalhavam como mão de obra escrava e do dia para noite teriam que se adaptar ao mercado como trabalhadores assalariados livres, e pior: com políticas racistas e eugenistas, o Estado brasileiro passou a incentivar a imigração de mão de obra para trabalhar no campo, a fim de substituir o trabalho rural outrora desempenhado pelos negros e para ser força de trabalho no desenvolvimento dos centros urbanos, tudo isso com *slogans* sobre a importância de “branquear” o Brasil (BARROS, 2023).

Os recém libertos foram despejados das terras dos antigos senhores sem qualquer amparo no sentido de meios de produção e moradia, ao que passaram a ocupar localidades sem infraestrutura, em construções precárias, e tendo que disputar postos de trabalho com imigrantes fenotipicamente mais identificados com os detentores do capital e acordes ao interesse de Estado de tornar o Brasil um país fenotipicamente branco, o que também era embalado pelo positivismo cientificista de então, que relacionava os traços negroides ao atavismo e à delinquência (MAIA *et* ZAMORA, 2018).

¹⁹ É evidente que o fato de os Estados Unidos da América terem adotado uma política menos injusta – pois embora, em tese, beneficiados com o *homestead Act*, as famílias negras não tinham condições de arcar com os custos da exploração, e nunca foi cumprida a promessa dos “40 acres de terra e uma mula” aos escravizados –, não exclui o altíssimo índice de crimes relacionados à população negra, inclusive por outros processos de marginalização, como a guetização e o racismo manifesto e ostensivo, com segregação de espaços e discriminações em políticas públicas, o que, sem dúvidas, também seria passível de análise ética a título de responsabilidade coletiva naquela sociedade.

Com todo esse caldo cultural, com o processo violento de sequestro (da terra de origem), cativo e desalento, parece muito simplista desconsiderar o percurso histórico e querer projetar uma ideia de culpa que seja universalista, radicada na liberdade individual. Ora, uma liberdade se exerce por sobre uma subjetividade. Será que uma subjetividade forjada (não somente, mas também) por séculos de marginalização, violência e submissão é uma subjetividade pensada para essa noção de liberdade enquanto escolha? Cobrar escolha de alguém a cuja linhagem não foi dada nenhuma escolha senão se submeter ou se marginalizar é o mesmo que cobrar escolha de alguém de uma família tradicional mult centenária e detentora de capital desde a época escravocrata?

Enquanto isso não for (e nem puder ser) objeto de problematização, o Direito Penal continuará a ser o tapete sob o qual se esconde toda a poeira que se quer invisibilizar.

Uma jurisdição que inviabiliza essa discussão veste como uma luva ao descaso com as desigualdades reais que se impõem, e assim segue o imaginário de que o crime unicamente tem a ver com o caráter de cada um, porque o bom miserável é aquele que aceita sua condição sem perturbar a paz dos que vivem confortáveis. É mais fácil pensar assim do que enfrentar o problema com políticas de redução de desigualdades. É, novamente, a sociedade polida e politicamente representada a dizer que os grupos vulneráveis têm de se submeter ou se marginalizar.

Ao ser tal reflexão entregue frontalmente a populares, quando de um julgamento, eles terão contato com isso. Expostos a uma realidade estranha à deles, mas a vendo encarnada em uma pessoa, cujo destino depende do seu veredito, faz-se presente uma condição adequada para que pessoas comuns passem a enxergar que as configurações objetivas da sociedade e os processos históricos interferem nas ações e nas personalidades. Isso, além de qualificar a jurisdição, pode qualificar a política e a ética na comunidade.

Nesta senda de possível guinada ética da consciência do julgador, o primeiro ato é dramático: o que fazer com a vida do acusado? A lei prescreve uma pena para a conduta. É possível que se entenda adequada a pena, e que o jurado vote pelo prosseguimento do feito, assim como é possível que vote pela mitigação da pena, caso se convença de que fatores ambientais reduziram de tal modo o espectro de escolhas razoáveis do indivíduo, que aplicar a lei sem qualquer modulação seria um contrassenso. No fim, diferentes percepções concorrerão

para um veredito colegiado, o qual terá considerável probabilidade de representar o sentimento ético médio da comunidade.

Sobre a modulação da prescrição legal em forma de mitigação da pena, no campo dos dilemas éticos que envolvam responsabilidade coletiva, é preciso enfrentar o argumento de que a lei já apresenta gradações na pena, como os patamares mínimo e máximo, para permitir uma justa dosimetria, em resposta às circunstâncias concretas de cada caso.

Ocorre que, no plano formal e discursivo, a norma penal é universal e pensada como adequada para uma dada sociedade – considerada em sua normalidade, não como uma arma apontada para guetos, o que derrubaria de vez sua máscara democrática. Por outro lado, há anomalias no seio da sociedade que, em tese, reclamaria um exame diferenciado da norma, sobretudo da prescrição penal, a anular as particularidades anômalas patentes do meio que propiciou o delito, por isso destaquei a percepção de que a aplicação sem modulações seria um contrassenso.

As Constituições brasileira e portuguesa, por exemplo, são diplomas sensíveis a aspectos sociais e à dignidade da pessoa humana, tanto que há no constitucionalismo português a vedação do retrocesso, bem como a Carta Magna elenca como tarefa do Estado a promoção do bem-estar do povo e a igualdade real, no art. 9º, *d*), e a Constituição Federal brasileira estabelece um mínimo existencial consideravelmente abrangente, em seu art. 6º.

Logo, é possível concluir que na criminalidade associada à pobreza e à exclusão social há uma situação de anormalidade, dentro do que informa o ordenamento jurídico. Ou seja, o Estado falha em garantir o mínimo existencial, concorre, com sua omissão, para as condições do crime, e depois pune o criminoso com a pena prescrita para todo cidadão, como se em condições normais ele estivesse.

A permeabilidade a esses tópicos pela jurisdição penal pode contribuir para noções afetas aos processos assim chamados de biopolítica (FOUCAULT, 2008) e necropolítica (MBEMBE, 2018) estejam presentes do debate público sobre políticas sociais, políticas de desenvolvimento e, claro, políticas criminais.

Além da teoria da responsabilidade coletiva, há também outras análises que podem vetorizar discursivamente dilemas éticos relevantes, como no caso de crimes culturalmente motivados (*vide* MAGLIE, 2017; DIAS, 2018), em que se terá a oportunidade de radicalizar a experiência de desidentificação na tentativa de compreensão do outro²⁰, bem como o produto disso haverá de ser um objeto de análise interessantíssimo, sob a perspectiva democrática, pois será um esboço de como uma dada cultura trata a outra, quando as práticas alienígenas desta implicam transgressão penal.

Com efeito, a própria Cristina de Maglie reconhece a vantagem da categoria da punibilidade para a discussão de temas sensíveis como o dos crimes culturalmente motivados: “É a categoria da *punibilidade* o terreno que parece mais idôneo para uma solução sensível ao fator cultural, que seja coerente no plano sistemático e vital do ponto de vista político-criminal” (MAGLIE, 2017, fl. 305). E ainda em consonância com o que postulamos no presente trabalho, afirma, sobre a punibilidade:

A possibilidade de um deslocamento entre crime e sanção representa, pois, o indicador da importância das razões da política criminal, que podem ser tão impelentes que prevalecem sobre as exigências impostas pelos equilíbrios dogmáticos. As razões de conveniência capazes de provocar a fratura entre crime e pena podem até mesmo levantar fundadas dúvidas sobre a violação do princípio da proporção e do princípio da igualdade. São perplexidades evidentes no campo da extinção do crime, toleráveis no âmbito das causas supervenientes de não punibilidade, mas se tornam embaraçosas no terreno das causas originárias de não punibilidade (...). O privilégio da impunidade nasce, aqui, somente do *status* do autor do crime, e é completamente independente, dissociado de qualquer comportamento antagônico seu em relação à ofensa realizada. Em suma, é somente em razão do tipo de autor que o sistema decide conceder um tratamento favorável (MAGLIE, 2017, fls. 308-309).

Por essa ênfase, a autora defende o reconhecimento de uma “causa de não culpabilidade cultural”, como elemento de integração sistemática da solução culturalmente sensível sem a desconfiguração dogmática da teoria do delito (MAGLIE, 2017, fls. 311-314).

Debates interessantes também podem florescer em torno da teoria da associação diferencial, desenvolvida por Edwin Sutherland (1940), a qual apregoa que a criminalidade

²⁰ Essa ideia dialoga com o conceito deleuziano de desterritorialização (DELEUZE *et* GUATARRI, 2011)

sistemática é marcada por uma lógica de aprendizado a partir da transmissão de conhecimentos e práticas comunicados em uma organização na qual se naturalizou a prática de condutas atentatórias à Lei.

O autor se notabilizou por cunhar o termo “crimes de colarinho branco” (*White collar crimes*), todavia sua teoria se aplica a outros tipos de criminalidade:

The hypothesis which is here suggested as a substitute for the conventional theories is that white-collar criminality, just as other systematic criminality, is learned; that it is learned in direct or indirect association with those who already practice the behavior; and that those who learn this criminal behavior are segregated from frequent and intimate contacts with law-abiding behavior. Whether a person becomes a criminal or not is determined largely by the comparative frequency and intimacy of his contacts with the two types of behavior. This may be called the process of differential association. It is a genetic explanation both of white-collar criminality and lower class criminality (SUTHERLAND, 1940, p. 2).

Ou seja, de acordo com essa corrente, é determinante para que um agente se torne criminoso a frequência e a intimidade do contato com o comportamento desviante observado em outros integrantes do grupo.²¹

É oportuno consignar a avaliação de Luiz Flávio Gomes e Antônio Garcia-Pablos de Molina (2008) de que a forma de transmissão dos conhecimentos e das práticas criminosas não guarda especificidades metodológicas, sendo um aprendizado como outro qualquer, inclusive o de práticas virtuosas, com exposição de motivos e justificações (racionalização da conduta em vista de um resultado), sendo mais efetivo o ensinamento e a transmissão do hábito conforme o grau de intimidade que se tem com os membros do grupo. Deste modo, o integrante não interpreta como errada a prática, apesar de ter consciência de sua ilicitude.

No que toca à teoria da associação diferencial, se mudado o contexto, se o agente já estiver afastado do meio que naturalizou aquelas expectativas normativas, levá-lo à prisão – numa realidade em que facções criminosas exercem poder sobre e sob o sistema prisional – não seria, de certa forma, regredir na linha de direcionamento do acusado rumo a uma vida alinhada ao Direito?

²¹ No Brasil há articulações feitas a partir dessa teoria para pensar, por exemplo, facções criminosas monumentais, como o Primeiro Comando da Capital – PCC (COSTA et VARALLI, 2018).

Ademais, não é correto supor como conduta do cidadão médio o cumprimento das expectativas normativas legais independente de em qual contexto está inserido. Parece ingênuo supor que o cidadão médio não teria alterada suas expectativas normativas e sua conduta se inserido num contexto organizado a partir de normas de conduta muito distintas daquela apregoada pelo discurso do dever legal, sobretudo após os estudos da citada corrente criminológica.

No caso de associação diferencial, caberia mais facilmente ser problematizado não o afastamento da condenação – salvo em caso de patente desvencilhamento da organização, após o fato –, mas a mitigação da pena, dada a circunstância de naturalização da prática, caso, por exemplo, fosse o arguido uma figura medíocre na estrutura.

Uma questão que toca a juízos éticos e também a estudos rigorosamente dogmáticos, e que pode ter no arbítrio de impunidade uma forma de pronta efetivação é a noção de equivalentes funcionais da pena, desenvolvida por Jesús-Maria Silva Sánchez (2017), ou seja, a ocorrência de situações que atingem a vida do autor do fato a produzir os mesmos efeitos simbólicos e práticos da pena, no plano prático e no plano simbólico – ou até excedentes, em alguns casos, de sorte que a sanção penal, se aplicada, seria um *bis in idem* sobre um corpo que já foi, na prática e simbolicamente, apenado.

O conceito já tem sido desenvolvido em pesquisas direcionadas (*vide* MONTEIRO, 2024), mas se nota o esforço no sentido de estabelecer *fattispecies*, enquanto com o arbítrio de impunidade haveria ampla margem para discussão e reconhecimento de circunstâncias que, na prática, assumem o caráter de pena, como equivalentes funcionais da pena.

Essas e outras temáticas encontrariam no filtro de punibilidade do Tribunal Popular um local privilegiado para discussões, a suscitar debates acadêmicos acerca de questões idôneas e inidôneas para a concessão da graça democrática, bem como sobre eventuais ajustes na lei penal, de modo a adequá-la ao sentimento de justiça demonstrado pela sociedade quando dos julgamentos.

2.7. COMPLEXIDADE, REDUNDÂNCIA E IMPRECIÇÃO: O PREÇO DA ÉTICA NA JUSTIÇA?

Já se pode perceber como é ampla a possibilidade de atuação do juízo ético em dilemas levados ao Tribunal Popular. Entretanto, toda essa complexidade traz um custo, e aqui, está relacionado com a imprecisão, imprevisibilidade, redução do controle cognitivo por instâncias superiores.²²

Maria Fernanda Palma, na mesma linha que sustento neste trabalho, entende que a complexidade é algo inerente ao objeto do julgamento, sendo, portanto, ser reconhecimento e incorporação uma reivindicação justa ao Direito, já amparada pelas condições históricas atuais:

A questão que hoje se impõe é, conseqüentemente, a de saber se as condições históricas exigem um âmbito mais complexo do desculpável, que não se restrinja à quase excepcionalidade do estado de necessidade desculpante (...). Quanto a essa questão, a resposta é afirmativa. Há juridicidade na exigência de que o Direito, que só pode condenar a pessoa porque a censura como tal e não se defende apenas de um ente perigoso, atenda à sua complexidade emotiva e às suas razões não universalizáveis. E o Direito deve atender a tais razões não apenas como obstáculos à motivação, em termos de poder e liberdade de agir, mas também como limites e condições do seu projeto de vida e da sua identidade pessoal: de alguma forma, como razões da história de cada indivíduo, tragicamente em conflito com o Direito (PALMA, 2005, fl. 228-229).

Esse âmbito mais complexo do desculpável (aqui aproximado da punibilidade) é realizável pela desculpa exofática, de modo que estaria satisfeita a exigência de que o Direito atenda a razões não universalizáveis. No entanto, a própria abordagem da autora, a mirar na formação da culpa, já é indicativo de efeitos colaterais (no plano dogmático) da medida, afinal, uma mesma razão pode, em tese, repercutir no juízo de culpa e no juízo de punibilidade.

²² Não é incomum que ciências abduquem de um certo grau de certeza e precisão para abordar determinados objetos, cuja manifestação se mostre demasiadamente complexa. É o caso, por exemplo, da física, que para continuar o avanço no domínio da mecânica quântica precisou reconhecer limites impostos pelo objeto – em relação ao nosso modo de conhecer –, de modo que foi cunhado por Eisenberg o chamado princípio da incerteza, o que ocorre também por decorrência do colapso da função de onda, pois com isso há uma limitação objetiva que impede o observador de precisar, em uma mesma partícula, a posição e a velocidade, de sorte que, para atribuir uma, abdica-se de saber da outra (LOPES, 1993).

Na prática, o que parece mudar a respeito de em qual categoria se discute esses temas é a possibilidade de prosseguimento da persecução penal mesmo em fases anteriores à deliberação do Conselho de Sentença, bem como em etapas posteriores, se esta não for pela absolvição ou pela comutação da pena. Se entendidas as razões éticas dentro de uma das categorias do delito, a persecução pode nem chegar até a parte do veredito, pois o próprio magistrado pode entender não se tratar de crime, em momento anterior, ou fundamentar uma absolvição ou uma comutação da pena, por meio de argumentação, caso seja possível traçar tal fundamentação sem contrariar a sistemática penal.

De todo modo, é patente a possibilidade de redundância entre causas potencialmente relevantes para o exame da culpa e para a graça democrática, o que não me parece problemático, dada a instrumentalidade das formas. Ou seja, é possível especular sobre quais razões levaram os jurados a procederem ao arbítrio de impunidade, e é possível conceber que o próprio juiz poderia formar seu convencimento acerca da culpa por essas razões.

Do mesmo modo, na prática, pode ser impossível discernir se o veredito absolutório dos jurados partiu do não convencimento sobre a ocorrência do delito, sobre a autoria, ou se partiu de um arbítrio de impunidade, ao responder ao quesito “o jurado absolve o réu?”.

Porém, opor resistência ao modelo apenas porque não haveria essa delimitação exclusiva, ou porque não seria possível saber exatamente a cadeia significativa que foi determinante ao veredito, seria refrear o processo natural de tomada de posição ética e de formatação do sentimento de justiça.²³

Até onde se pode ver, salve melhor juízo, a imprecisão parece ser um preço a ser pago pela complexidade. Cabe fazer a indagação – que também é ética e política –: importa mais que haja a apreciação complexa e que a solução dada a uma demanda tenha maior chance de se adequar ao sentimento autêntico de justiça (não uma abstração universalista), ainda que sem a fundamentação que a explicita, ou que haja a exposição de argumentos sobre valores éticos, processos de formação de subjetividade, para uma demonstração pretensamente racional da justiça em concreto?

²³ Seria como renunciar ao estudo da física quântica, tendo em vista que ela não tem a precisão da física clássica – em seu âmbito de atuação não distorcida –, ou o compromisso desta com o realismo e com a causalidade, por ser (o modelo quântico) um modelo formalista e probabilístico.

Dentro do contexto dessa indagação, vale acrescentar que, infelizmente, o apreço que há em parte da academia por discutir essa matéria e em exaltar a complexificação das discussões raramente encontra guarida no Judiciário. Há famosos estudos sobre vieses observados na atuação dos magistrados, bem como há cobranças referentes a metas e produtividade, mas independentemente da causa dessa aversão à complexidade, muito provavelmente qualquer advogado que milita na prática forense terá uma experiência anedótica que lhe convence de que o Judiciário, pelas vias convencionais, não dará conta de apreciar com a devida profundidade questões dessa natureza.

Ora, tantas sentenças e acórdãos, hoje em dia, não se manifestam sobre argumentos (muitas vezes em nada complexos) trazidos pelos advogados, e quando instados os magistrados e colegiados a se manifestar sobre a omissão, não raramente a resposta dada ao jurisdicionado é de que não há omissão, e/ou que o magistrado não é obrigado a responder a todas as teses elaboradas, bastando que comunique a razão de sua decisão, pelo livre convencimento motivado²⁴. Pelo menos, isso é o que há de mais corriqueiro no Brasil.

Ademais, a fundamentação serve ao controle de fundamentação. Trata-se a graça democrática de um produto intersubjetivo permeável a afetos, sentimentos, razões não universalizáveis, e, às vezes, fora da capacidade de elaboração dos jurados. Será que haveria viabilidade de reforma desse veredito por um Tribunal de superior instância? O como reproduzir o sentimento? Como reproduzir as condições de possibilidade do sentimento? Esse tipo de controle parece inviável, dada a complexidade do objeto.

Como expressão de garantia, não preclui com o veredito dos jurados matérias que possam ensejar um juízo ético de absolvição ou a comutação da pena. Deste modo, questões éticas passíveis de justificação e de fundamentação de uma análise particular da culpa devem se fazer presentes na sentença do juiz togado, ainda que os jurados não tenham absolvido o réu ou imposto limites à aplicação da pena. Se o senso ético do magistrado alcançar razões que se sustentem enquanto fundamentação para absolver o arguido ou mitigar a pena, assim dele proceder, e, naturalmente, sua fundamentação poderá ser objeto de análise e controle por Tribunais hierarquicamente superiores.

²⁴ Tal entendimento contraria o art. 315, §2º do Código de Processo Penal brasileiro, mas segue sendo aplicado no Judiciário, sem nenhuma consequência para os magistrados que descumprem a norma.

No que tange ao controle dos vereditos, abre-se um campo fértil para debates. Como dito, é inviável a reforma do veredito pelos Tribunais, pela ausência de fundamentação e pelo fato de a decisão ser fruto de juízos éticos, de análise íntima de um colegiado com representatividade democrática, pelo sorteio.

No entanto, não seria inconcebível que um ordenamento jurídico estabelecesse a possibilidade de interposição de recurso, mediante argumentação pela *perversão* da graça democrática, ou seja, pela alegação de que em lugar de se convencer pela desnecessidade de pena, o veredito foi veículo para preconceitos inidôneos, incompatíveis com as bases éticas que sustentam um sistema aberto à complexidade.

Assim, o Direito positivo poderia disciplinar que os Tribunais ou a lei podem expor diretrizes a se observar para a desconstituição de uma absolvição ou de uma mitigação da pena, sendo da acusação o ônus de demonstrar que nenhum dilema ético idôneo foi sustentado pela defesa para justificar a medida.

Com efeito, algo análogo ocorreu pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou inconstitucional a tese de legítima defesa da honra nos debates durante a sessão plenária do Tribunal do Júri. Como consequência, uma sessão do Tribunal do Júri pode ser anulada caso alguma das partes argumente que o crime não seria antijurídico, por ter o autor agido em legítima defesa da honra, o que se mostrava bastante problemático em crimes decorrentes de vingança contra o adultério.

Por isso, reafirmo que a complexidade não é algo que deve fazer esmorecer o ímpeto pelo aperfeiçoamento da jurisdição, mas o contrário. A complexidade não é uma opção, um artifício, é um fato, uma condição dada e presente na substância da demanda penal, o que fazer com ela é a questão, e a solução ética, ao que me parece, não é outra, senão buscar mecanismos para a que a jurisdição penal esteja, tanto quanto possível, à altura dessa complexidade.

3. BASES HISTÓRICO-INSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI.

O foco deste trabalho é a incorporação de juízos éticos na jurisdição penal por um Tribunal Popular, mas este não há que ser confundido com o Tribunal do Júri brasileiro ou com qualquer outro vigente.

Na verdade, o Tribunal Popular que propomos é inspirado no Júri brasileiro no que toca à análise íntima da demanda (conforme a consciência e aos ditames da justiça), ao sorteio dos jurados, ao sigilo das votações e à possibilidade de absolvição, entretanto, não se coaduna à possibilidade de condenação irracional e à ausência de controle de fundamentação da aplicação da pena (uma vez que esta fundamentação é limitada aos aspectos de dosimetria), tampouco se pretende restrito ao julgamento de crimes dolosos contra a vida.

Sendo, todavia, o modelo brasileiro o mais próximo do que proponho, e por ser uma inspiração direta à proposta, entendo proveitosa uma breve explanação acerca da figura do Tribunal Popular na história, com ênfase no instituto brasileiro, a fim de que melhor se compreenda a plataforma sobre a qual se poderão formular os juízos éticos.

3.1. A ORIGEM DO TRIBUNAL DO JÚRI NO MUNDO.

Não é o escopo deste trabalho realizar um profundo exame historiográfico acerca do Tribunal do Júri; muito antes se busca um esclarecimento mínimo sobre sua gênese e seus modelos primitivos para que se possa vislumbrar com maior amplitude o instituto, a fim de bem compreendê-lo no presente, nos diferentes ordenamentos jurídicos em que existe, mas sobretudo o brasileiro.

Inicialmente, cumpre desde já pontuar que não há unanimidade na doutrina quanto à referência originária do Tribunal do Júri. Os mais comedidos afirmam que suas origens são incertas (*verbi gratia* MARREY, 1988).

Francesco Carrara (*apud* PARADA NETO, 1998) afirma perder-se na história a origem do Júri, quando o homem começou a fazer Justiça em seu nome e não em nome de Deus. Comenta o autor que embora muitos procurem situar na Inglaterra sua origem, em Roma havia também os *judices jurati*, ou tribunais populares, e alguns traços de sua estrutura já são localizados na Grécia.

No mesmo sentido:

A origem do júri se perde na noite dos tempos, mas é na Grécia antiga desde o século IV A.C, que encontramos os primeiros vestígios de sua existência, no Tribunal dos Heliastas, que se reunia em praça pública e era composto por cidadãos que traduzia o princípio da justiça popular e que serviu de inspiração para o Tribunal do Júri Inglês introduzido na *Common law* a partir de 1066 pelo Rei Guilherme, o conquistador normando. Em Roma, durante a República, segundo Nucci (1999, p.31), havia a instituição do júri, conhecida por *questiones*, inicialmente em caráter temporário, mas depois transformados em definitivos. Era composto de um pretor, que tomava o nome de *quaestio*, e dos jurados, *judices jurati*. Estes eram escolhidos entre os senadores, cavaleiros e tribunos do tesouro (SAMPAIO, 2007, p. 446-447).

Nestor Távora observa instituições análogas ao Júri ainda na antiguidade greco-romana, associando à ideia de Júri, *mutatis mutandi*, o julgamento de Jesus Cristo:

A origem do Tribunal do júri é visualidade tanto na Grécia como em Roma, havendo quem veja um fundamento divino para a legitimidade desse órgão. Sob essa inspiração, o julgamento de Jesus Cristo, malgrado desprovido das garantias mínimas de defesa, é lembrado como um processo com características que se assemelham ao Júri. (TÁVORA, 2017, p.1231).

A Encyclopedia Britanica (JURY, 1973) aprofunda nas origens do Júri em relação à Inglaterra, esclarecendo a influência de uma instituição escandinava, atribuída a Alfred, *the Great*, e a uma primitiva prática anglo-saxã conhecida como compurgação.

Ainda de acordo com esta fonte, é pela Magna Carta, a famosa carta extraída pelos barões ingleses durante o reinado de João Sem Terra, em 1215, que se cristaliza positivamente o Júri.

Ademais, se antes do Júri inglês existiram outros tribunais populares, como decerto existiram, só existe entre estes e o atual rito do Júri uma relação de similaridade, de aproximação analógica, sem que se guarde qualquer relação genealógica, uma vez que o Júri, tal como o concebemos, estrutura-se na Inglaterra e de lá se exporta para os demais países (RANGEL, 2012), do que se geraram os diferentes modelos que se afiguram no mundo, mas todos com a mesma raiz.

O vínculo entre poder real do Júri já se via na antiga inquisição dos reis carolíngios, datada do século IX, através do qual vizinhos desinteressados deveriam declarar sob juramento informações que serviram para estabelecer direitos. Esta instituição foi levada ao ducado da Normandia e daí para a Inglaterra através da Conquista Normanda de 1066. Foi

empregada pela primeira vez na Inglaterra em grande escala em 1086, todavia, apenas para benefício da coroa (JURY, 1973).

O desenvolvimento da trilha pelo júri em processos criminais veio mais devagar, tendo ocorrido em 1166 um importante passo, pois 12 homens estariam presentes em todas as sessões de corte do condado para apresentar aos seus juízes os nomes das pessoas suspeitas por eles de crime grave. Em 1215, no entanto, o Papa Inocêncio III proibiu a participação dos sacerdotes em provações, privando-os de sua natureza divina. O rei Henrique III ordenou a substituição do julgamento pelos vizinhos pela provação em 1219 e, no final do século 13, os métodos mais antigos de experimentação foram largamente substituídos (JURY, 1973).

José Parada Neto refere a aspectos culturais da cultura inglesa de então, afirmando que

vigoravam, nesta época, crenças e superstições populares generalizadas, marcadas pela convicção de que, à maneira dos 12 apóstolos, quando 12 homens se reuniam sob a proteção divina, ali se encontraria a Verdade. Dessa crença teria nascido o Júri. A palavra Júri vem de juramento, que é a invocação a Deus feita por testemunha (PARADA NETO, 1998, pg. 526).

Da Inglaterra, a instituição passou para a França, que a importou quando da Revolução Francesa, em 1789. A partir daí adquiriu sua forma mais familiar, sendo previsto como instrumento de direitos e garantias individuais, em oposição ao poder régio do Antigo Regime (NUCCI, 1999).

Para Walter Costa (1995), a partir de então dois sistemas diversos passaram a coexistir. São eles o britânico, em que os jurados decidem sobre matéria de fato e de direito, respondendo ao quesito *guilty or not guilty*, declarando o réu culpado ou inocente; e o sistema francês, no qual os julgadores leigos decidem a matéria fática, todavia, no que se refere à decisão de direito, incumbe ao Juiz togado, que preside o Júri, proferi-la, de acordo, no entanto, com as respostas dos jurados.

Faz distinção precisa entre os dois modelos Edilson Bonfim:

No *sistema francês*, faz-se jus à plenitude, do modelo processual acusatório, e os quesitos são propostos obedecendo ao rigor lógico da acusação movida contra o réu. Assim, se houve um processo penal que imputou ao acusado a responsabilidade de determinada conduta criminosa, a pergunta aos jurados sobre o fato principal é uma consequência invariável da acusação: “O acusado é **culpado** de ter cometido tal fato?” (L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait? – CPP francês, art. 349). No *sistema inglês*, a seu turno, deixam os ingleses a mais ampla possibilidade de escolha aos jurados, em seu mais largo espectro, na medida em que lhes oferece, sem qualquer

sugestão, a tese e a antítese da responsabilidade penal do acusado. Assim, pergunta-se no Júri inglês se o réu é “culpado ou inocente” (*guilty or not guilty*), dando-se a cada um dos jurados o direito de votar “culpado” (*guilty*) ou “inocente” (*not guilty*). Escolhem, pois, livremente, sem nenhuma manipulação linguística. (BONFIM, 2012, p 317).

Certo é que, nada obstante a variedade de críticas ao Júri e o grande número de seus opositores, a corte popular conta com grandes adeptos e defesas eloquentes, que sabem nele reconhecer a virtude do instituto, reputando-o um acerto histórico:

Nossa civilização decidiu, e decidiu bem, com muito acerto, que determinar a culpa ou inocência dos homens treinados. Quando deseja luz sobre essa terrível matéria, ela recorre a homens que não sabem de leis mais que eu, mas são capazes de sentir as coisas que senti no recinto dos Jurados. Quando quer catalogar uma livraria, ou descobrir o sistema solar, ou qualquer ninharia dessa espécie, ela utiliza seus especialistas. Mas quando deseja que se faça algo realmente sério, reúne a esmo 12 homens comuns. A mesma coisa foi feita, se bem me lembro, pelo Fundador da Cristandade. (CHESTERTON, TRIFLES apud OLIVEIRA FILHO, 1974, pp. 425-426).

Sobre a hígida manutenção da Corte Popular também escreveu Jeremiah Black, nos termos seguintes:

Coroas, aristocracias, igrejas, tradições imemorais, formas venerandas têm cãido, ao tumultuar das revoluções; mas a justiça dos jurados passa ileso através das catástrofes políticas, como se uma dessas necessidades inconscientes e irresistíveis da nossa natureza, agulha fiel no delírio das tempestades, não cessasse de lembrar às nações que, ‘perdido esse direito, com ele se perderiam todos os outros (BLACK, 2018).

Restam consignadas as breves considerações acerca do histórico do Tribunal Popular no mundo, o que, embora naturalmente incipiente, pode ser suficiente para demonstrar a antiguidade do instituto sob espeque, a sua diversidade no Direito comparado, bem como sua tradição, seu aspecto que sugere uma verdadeira naturalidade, como se fosse intuitiva a sua existência.

3.2. ORIGEM DO JÚRI NO BRASIL.

O Júri foi criado no Brasil por lei de 18 de junho de 1822, especificamente para julgar crimes de imprensa. Este Júri era constituído de 24 Juizes de fato, cidadãos escolhidos “dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”, e da decisão do Júri somente cabia apelação ao Príncipe Regente, D. Pedro (BRASIL, 1822).

A razão que teria motivado o novel legislativo é que as leis antigas a respeito da imposição da pena eram demasiado duras e já julgadas anacrônicas pela mentalidade liberal da época. O Príncipe Regente, D. Pedro I, então ordenou que os juizes de Direito criminaes observassem em suas decisões a Constituição portuguesa, isto até o advento da primeira Constituição brasileira. (NUCCI, 1999, p. 36).²⁵

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824 integrou-o à estrutura do Poder Judiciário, e conferiu-lhe amplo alcance, a ser disciplinado pela legislação ordinária:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. (BRASIL, 1824).

O Código de Processo Criminal de Império, de 29 de novembro de 1832, por inspiração estrangeira (PARADA NETO, 1998), deu ao Júri atribuições mais amplas, bem como especificou mais detalhadamente a situação dos jurados:

Art. 5º Haverá em cada Termo, ou Julgado, um Conselho de Jurados, um Juiz Municipal, um Promotor Publico, um Escrivão das execuções, e os Officiaes de Justiça, que os Juizes julgarem necessarios.

Art. 23. São aptos para serem Jurados todos os cidadãos, que podem ser Eleitores, sendo de reconhecido bom senso e probidade. Exceptuam-se os

²⁵ O diploma ainda prescrevia o rito do procedimento em certos aspectos, como a recusa de jurados, abrandando-se, também, o rigor com que a matéria era tratada anteriormente: “Os réos poderão recusar destes 24 nomeados 16: os 8 restantes porém procederão no exame, conhecimento, e averiguação do facto; como se procede nos conselhos militares de investigação, e accommodando-se sempre ás fórmãs mais liberaes, e admittindo-se o réo á justa defesa, que é de razão, necessidade e uso. Determinada a existencia de culpa, o Juiz imporá a pena. E por quanto as leis antigas a semelhantes respeitos são muita duras e improprias das idéas liberaes dos tempos, em que vivemos; os Juizes de Direito regular-se-hão para esta imposição pelos arts. 12 e 13 do tit. 2º do Decreto das Côrtes de Lisboa de 4 de Junho de 1821 que Mando nesta ultima parte applicar ao Brazil. Os réos só poderão appellar do julgado para a Minha Real Clemencia” (BRASIL, 1822).

Senadores, Deputados, Conselheiros, e Ministros de Estado, Bispos, Magistrados, Officiaes de Justiça, Juizes Ecclesiasticos, Vigarios, Presidentes, e Secretarios dos Governos das Provincias, Commandantes das Armas, e dos Corpos da 1ª linha. (BRASIL, 1932)

Observava-se neste rito uma dupla incidência do Júri, composto não por um, mas dois conselhos de sentença. Ao primeiro deles competia julgar se acusação tinha elementos suficientes para prosseguir.²⁶

Esta figura desempenhava o papel do órgão denominado *grand jury* no sistema anglo-saxão (JURY, 1973), de modo que suas deliberações eram decisivas acerca do prosseguimento da *persecutio criminis*.²⁷

²⁶ Art. 173. O Juiz de Direito na primeira reunião dos Jurados apresentará os autos, a fim de ser sustentada, ou revogada a pronuncia, procedendo-se na accusação (quando esta tiver lugar).

Art. 238. No dia assignado, achando-se presentes o Juiz de Direito, Escrivão, Jurados, o Promotor nos crimes, em que deve accusar, e a parte accusadora, havendo-a; principiará a sessão pelo toque da campainha. Em seguida, o Juiz de Direito abrirá a urna das sessenta cedulas, e verificando publicamente, que se acham todas, as recolherá outra vez; feita logo pelo Escrivão a chamada dos Jurados, e achando-se completo o numero legal, observando-se o disposto nos arts. 313, e 315, mandará o mesmo Juiz extrahir da urna por um menino, vinte e tres cedulas. As pessoas que ellas designarem, formarão o primeiro Conselho de Jurados, que será interinamente presidido pelo primeiro, que tiver sahido á sorte.

Art. 243. Feito isto o Juiz de Direito dirigirá os Jurados á outra sala, onde sós, e a portas fechadas, principiarão por nomear d'entre os seus membros em escrutinio secreto por maioria absoluta de votos o seu Presidente, e um Secretario; depois do que conferenciarão sobre cada processo, que fôr submettido ao seu exame, pela maneira seguinte: (...) (BRASIL, 1832).

²⁷ Art. 244. Finda a leitura de cada processo, que será feita pelo Secretario, e qualquer debate, que sobre elle se suscitar, o Presidente porá a votos a questão seguinte: Ha neste processo sufficiente esclarecimento sobre o crime, e seu autor, para proceder á accusação? Se a decisão fôr affirmativa, o Secretario escreverá no processo as palavras: - O Jury achou materia para accusação -.

Art. 245. Se porém a decisão fôr negativa, por não haver sufficiente esclarecimento sobre o crime, ou seu autor, o Presidente dará as ordens necessarias, para que sejam admittidos na sala da sua conferencia o queixoso, o denunciante, ou o Promotor Publico, e o réo, se estiver presente, e as testemunhas, uma por uma, para ratificar-se o processo, sujeitando-se todas estas pessoas a novo exame.

Art. 248. Finda a ratificação do processo, ou formada a culpa, o Presidente fará sahir da sala as pessoas admittidas, e depois do debate, que se suscitar entre os Jurados, porá a votos a questão seguinte: Procede a accusação contra alguém? O Secretario escreverá as respostas pelas formulas seguintes: O Jury achou materia para accusação contra F. ou F. O Jury não achou materia para a accusação.

Art. 254. Declarando o primeiro Conselho de Jurados, que ha materia para accusação, o accusador offerecerá em Juizo o seu libello accusatorio dentro de vinte e quatro horas, e o Juiz de Direito mandará notificar o accusado, para comparecer na mesma sessão de Jurados, ou na proxima seguinte, quando na presente não seja possivel ultimar-se a accusação. (BRASIL, 1832)

Caso o entendimento se firmasse pela procedência da acusação, que, muito longe de uma ideia de exauriência, dizia respeito à sua plausibilidade, àquilo que hoje chamamos justa causa, o processo passava para a próxima fase, em que ocorria o efetivo julgamento da causa, o que, na perspectiva do modelo anglo-saxão, era equivalente ao *petit jury* (JURY, 1973), pelo qual o acusado era condenado ou absolvido.²⁸

Como se pode ver, havia dois colegiados de jurados, o primeiro destinado a julgar a plausibilidade da acusação, a dizer se havia suficiente base para se sustentar uma acusação perante o Júri, algo semelhante ao papel hoje desempenhado pelo juiz singular, quando da pronúncia. O segundo assemelha-se ao atual Conselho de Sentença, formado, todavia, por 12 jurados, a quem cabia julgar o mérito, no que concerne à matéria fática, da causa.

Tamanha ampliação teria vindo por emulação de leis anglo-saxãs e francesas (GÓES, 2018), no entanto não se mostrou perene, uma vez que o júri de acusação foi extinto pela lei 261, de 3 de dezembro de 1841.

Pouco após a proclamação da República foi promulgado o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, o qual organizou o funcionamento da justiça federal, tendo, neste cerne, instituído o Júri federal, para o julgamento dos delitos sujeitos à jurisdição federal (art. 40).

A Constituição da República manteve o Júri, entretanto, o fez de forma lacônica, apenas apregoando, em seu art. 72, § 31, que “É mantida a instituição do jury”, de modo a

²⁸ Art. 259. Formado o segundo Conselho, que deve ser de doze Jurados, guardadas todas as formalidades que estão prescriptas para a formação do primeiro, e prestado o mesmo juramento, o Juiz de Direito fará ao accusado as perguntas, que julgar convenientes sobre os artigos do libello, ou contrariedade; e aquelles factos sobre que as partes concordarem assignando os artigos, que lhes forem relativos, não serão submettidos ao exame dos Jurados.

Art. 269. Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, resumindo com a maior clareza possivel toda a materia da accusação, e da defesa, e as razões expendidas pró, e contra, proporá por escripto ao Conselho as questões seguintes: § 1º Se existe crime no facto, ou objecto da accusação? § 2º Se o accusado é criminoso? § 3º Em que gráo de culpa tem incorrido? § 4º Se houve reincidencia (se disso se tratar)? § 5º Se ha lugar á indemnização?

Art. 270. Retirando-se os Jurados a outra sala, conferenciarão sós, e a portas fechadas, sobre cada uma das questões propostas, e o que fôr julgado pela maioria absoluta de votos, será escripto, e publicado como no Jury de accusação.

Decidida a primeira questão negativamente, não se tratará mais das outras. (BRASIL, 1832)

suscitar acalorado debate entre os grandes juristas de então (GÓES, 2018), tendo sido necessário que o Supremo Tribunal Federal determinasse as características do Júri, que foram: a composição por jurados qualificados periodicamente pelas autoridades designadas por lei; o conselho de julgamento composto de certo número de juízes, escolhidos à sorte; a incomunicabilidade dos jurados com pessoas estranhas ao Conselho; as alegações e provas da acusação e defesa produzidas publicamente perante ele; o julgamento segundo a consciência; e a irresponsabilidade pelo voto (MARQUES, 1997).

Na República, no entanto, o Tribunal do Júri atravessou momentos tormentosos, com sensíveis alterações (*verbi gratia* a lei nº 505, de 3 de novembro de 1898 e o Decreto nº 4.780 de 27 de dezembro de 1923), principalmente com o Decreto nº 167, de 5 de janeiro de 1938, que extinguiu a soberania do Júri:

Art. 88. Si o juri negar o fato, ou, afirmando-o, reconhecer alguma dirimente ou justificativa, o juiz absolverá o réu. Tratando-se, porém, de crime inafiançável, não determinará a soltura, senão depois de passar em julgado a sentença.

Art. 96. Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do juri nenhum apôio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso. (BRASIL, 1898)

A constituição de 1934, tal como sua antecessora, e também num art. 72, manteve expressamente o Tribunal do Júri: “É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei” (BRASIL, 1934), inserido no Capítulo do Poder Judiciário, e não mais como um direito, como era na primeira Carta Magna da República, tendo expressamente legado à legislação infraconstitucional a sua disciplina.

Por sequência de um regime totalitário, em 16 de setembro de 1946 foi promulgada a Constituição que surgiu para marcar o retorno da democracia, buscando-se restabelecer o que o totalitarismo havia suprimido (GÓES, 2018).

Nesta toada, a Constituição trouxe novamente o Júri, previsto no Capítulo II, que tratava dos direitos e das garantias individuais, claramente em homenagem à antiga concepção do Júri como um direito. Ou seja, sob essa égide constitucional o julgamento por um Tribunal Popular alcançou o *status* de garantia. Em seu artigo 141, § 28, estabelece-se:

é mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja ímpar o número dos seus membros e estejam garantidos o sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1946).

Em 24 de janeiro de 1967, sob o regime militar, foi promulgada a Constituição de 1967, em que se mantinha o tribunal do júri, igualmente insculpido no capítulo dos direitos e garantias individuais, disposto no artigo 150, § 8º: "mantidas a instituição do júri e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (BRASIL, 1967), sem previsão expressa das garantias e restringindo-o ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Não se pode olvidar, no entanto, as substanciais alterações da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que, embora tenha mantido o Tribunal do Júri inserido no capítulo dos direitos e garantias individuais, suprimiu-lhe a soberania, conforme se vê do artigo 153, § 18º: "É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (BRASIL, 1969).

Vários projetos, nesta senda, foram apresentados no sentido de permitir ao Tribunal de Justiça reformar a decisão dos jurados, entretanto doutrina e jurisprudência mantiveram o posicionamento pela soberania do veredito (GÓES, 2018), considerada a vigência do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Com o fim do regime militar, adveio a Constituição de 1988, a cuja relação com Tribunal do Júri é reservado neste trabalho um local de destaque, pois é sobre ela que se labora uma solução que garanta sua harmonia, e que possa ser concebida como mecanismo ético de otimização da prestação de justiça à sociedade, como resposta potencialmente complexa ao fenômeno do crime e – principalmente – à pessoa do criminoso.

3.3. O TRIBUNAL DO JÚRI E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

Aprovada em Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro do mesmo ano, passou a encabeçar o ordenamento jurídico brasileiro a então vigente Constituição da República Federativa do Brasil.

Em seu discurso, no dia da aprovação da Lei Maior, na Assembleia Constituinte, disse Ulysses Guimarães, enquanto Presidente da Assembleia:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã (GUIMARÃES *APUD* MARMELSTEIN, 2014, p.62).

Estava batizada em seu epíteto. A Constituição cidadã ingressou no ordenamento jurídico pátrio em momentos de forte clamor popular (MARMELSTEIN, 2014), sobretudo como resposta ao sentimento de opressão estatal deixado pelo regime militar e com o propósito declarado de aperfeiçoar a cidadania no país, enunciando, além de um vasto rol de garantias individuais, direitos outros, assim considerados essenciais do ponto existencial, para a concretização da dignidade humana (CUNHA JÚNIOR, 2008).

É fundamental compreender essa ênfase no “homem” não como mera abstração, mas como o indivíduo real, como o sujeito de direito tutelado pela Constituição, a inspirar um olhar voltado ao impacto concreto das normas jurídicas sobre os indivíduos, em franca abertura à busca pela justiça material, para além da justiça abstrata, de uma solução geral para todos, saída da caneta do Legislador. O espírito do texto constitucional inspira uma noção de dignidade que seja mais afeta à concretude do humano que a possui.

Dito isto, cumpre avaliar a forma como a Constituição Federal de 1988 acolheu o Tribunal do Júri. Assim dispõe a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso 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” (BRASIL, 1988).

A princípio são claras as disposições, no sentido de que no ordenamento jurídico brasileiro deve haver o Tribunal do Júri, assegurada a plenitude da defesa, bem como o sigilo das votações; que os vereditos devem reputar-se soberanos (*secundum quid*), com competência para julgar, no mínimo, os crimes dolosos contra a vida, e cuja organização deve ser dada pela lei.

Ocorre que não houve uma lei posterior à nova Constituição que estabelecesse o rito do Júri, sendo praticado aquele previsto no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Resta perguntar: qualquer pode ser a organização do seu rito? Afinal, a Constituição legou à lei a estruturação do instituto, decerto, porém o fez pelo total descabimento de que ela mesma o fizesse; tal não seria próprio de uma Carta Política. No entanto, estes não são os únicos elementos normativos extraídos da Constituição que permitem fazer inferências sobre o Tribunal do Júri.

Antes de mais nada, é preciso atentar para a sua topologia no Diploma Supremo, para saber como foi tratado pelo Constituinte. Neste aspecto, vê-se que o Tribunal do Júri se inclui no Título II da Constituição Federal, de nome “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e mais precisamente no Capítulo I, “DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS” (BRASIL, 1988). Nota-se que o Constituinte brasileiro optou, assim como outrora, por dar ao Júri o *status* de garantia, de direito fundamental.

Por consequência, embora não tenha dado orientações específicas sobre como deveria ser o rito, mesmo porque não lhe competia, a Constituição impõe que o rito viabilize o instituto do Tribunal do Júri como uma garantia, de sorte que qualquer norma que lhe afaste esta natureza deve ser reputada inconstitucional. Não se fará neste Capítulo, por inoportuno, juízo atinente à constitucionalidade da ritualística ora vigente, na busca de expor, da forma menos valorativa possível, o contexto atual do Júri brasileiro e seu rito, do que se passa a tratar.

3.4. O ATUAL RITO NO BRASIL.

O Tribunal do Júri brasileiro é atualmente disciplinado no Livro II (Dos Processos em Espécie), Título I (Do Processo Comum), Capítulo II (Do Procedimento Relativo aos Processos de Competência do Tribunal do Júri) do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Este Capítulo ocupa no diploma instrumental extensão que vai do artigo 406 até o artigo 497, contando com 16 Seções, sendo o maior Capítulo do Código e o único a possuir Seções.

O primeiro aspecto que importa notar no Júri é que seu procedimento se divide em duas partes, chamadas pela doutrina *judicium accusationis e judicium causae*, constituidoras

de um processo bifásico ou escalonado (BOMFIM, 2012). Tal modelo, como já se viu, assim o é desde a época do império.

Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013) destacam quatro características do Júri, a saber, a heterogeneidade, por haver o juiz togado, que se pronuncia sobre o direito, e os jurados, que se pronunciam sobre os fatos; a horizontalidade, por não haver hierarquia entre o juiz e os jurados, mas uma distinção funcional; a temporalidade, já que a sessão concentra a realização do julgamento, havendo regular dissolução e renovação do corpo de jurados, e sendo reservado períodos específicos do ano para as sessões, a exceção de grandes comarcas, como as capitais; e a decisão por maioria de votos, diversamente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, como o dos Estados Unidos.

Em relação à competência, contentou-se o legislador ordinário a cumprir com o mínimo exigido pela Constituição, que é a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988), e, no cometimento destes crimes, prevalece a competência do Júri em detrimento do foro por prerrogativa de função, salvo quando previsto na própria Constituição (MARREY, 1988).

O Supremo Tribunal Federal solidificou este entendimento por meio do enunciado de súmula número 721 (BRASIL, 2003), que se converteu no enunciado de súmula vinculante número 45: A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual (BRASIL, 2015).

A competência do Tribunal do Júri é expressamente consignada no Código de Processo Penal, no artigo 74, §1º, referindo-se aos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. (BRASIL, 1941).

Sobre as fases do procedimento, a *judicium accusationis* consiste em uma instrução preliminar, que “é a fase compreendida entre o recebimento da denúncia ou queixa e decisão de pronúncia (irrecorrível)” (LOPES JR, 2015, p. 784). Como o fulcro deste trabalho não tem relação com esta fase, não é mister dar-lhe grande enfoque, sob pena de avançar demais em assunto extenso e cheio de minúcias, o que acabará desviando o leitor da linha reflexiva que deve atravessar a pesquisa.

Vale dizer, no entanto, que a instrução é realizada perante um juiz singular, togado, sem a presença de jurados, tendo a finalidade de apurar previamente os fatos a fim de nutrir o juiz de elementos de convicção para que profira uma das quatro decisões possíveis ao fim da instrução preliminar: pronunciar o acusado, se provada a materialidade delitiva e presentes indícios suficientes de autoria ou participação, na forma do art. 413 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941); a impronúncia, caso o juiz não se convença da materialidade e dos indícios de autoria, pelo teor do art. 414 do mesmo diploma (BRASIL, 1941); a absolvição sumária, quando provada a inexistência do fato, ou provado não ser o acusado dele não ser autor ou partícipe, ou que o fato não constitui infração penal, ou, ainda, demonstrada causa de isenção da pena ou exclusão do crime, segundo o art. 415 do mesmo diploma (BRASIL, 1941); e a desclassificação, com base no art. 74, §3º do Código instrumental penal, quando se reconhece a incompetência do Júri para o processamento do feito (BRASIL, 1941).

Dentre estas quatro possíveis decisões, interessa a pronúncia, pois é por esta decisão que o processo é encaminhado à segunda fase do rito, ao *judicium causae*. Nesta segunda, o Tribunal do Júri assume então sua feição única, idiossincrática no Direito brasileiro, pois entram em cena os jurados, que, selecionados, comporão o Conselho de Sentença:

O Tribunal do Júri será composto por um juiz-presidente mais vinte e cinco jurados, sorteados aleatoriamente pelo juiz entre todos os candidatos alistados, sendo sete desses designados a participar do Conselho de Sentença, como bem informa o art. 433 do CPP. O jurado que houver participado de Conselho de Sentença nos últimos doze meses, fica proibido de ser alistado no ano seguinte (BISINOTTO, 2018).

Dispõe o Código de Processo Penal, no artigo 422, que, ao receber os atos, o juiz

presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência (BRASIL, 1941).

O alistamento dos jurados se dá na forma dos artigos 425 e 426 do referido diploma processual, sendo o número desses relativo à população, e a lista, publicada até o dia 10 de outubro, conterà a profissão dos alistados (BRASIL, 1941).

A pauta do Tribunal observará, salvo motivo de fundada relevância, a prioridade de julgamento dos acusados presos, e, dentre eles, os que estiverem presos há mais tempo, sendo, demais disso, vigente o critério cronológico das pronúncias, por força do art. 429 do Código

Processual Penal (BRASIL, 1941). Após organizar a pauta, convocará reunião com o Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil e Defensoria Pública, para sortear os jurados que serão convocados para as reuniões periódicas ou extraordinárias, sendo sorteados vinte e cinco jurados, na forma dos artigos 432 e 433 do mesmo Código (BRASIL, 1941).

O serviço de jurado é obrigatório, e a ele poderá se alistar a pessoa maior de dezoito anos, de notória idoneidade, sem distinção de sexo, cor, raça, religião, profissão, classe socioeconômica, origem ou grau de instrução, estando, todavia, isentas as figuras previstas no rol do art. 437 do Código de Processo Penal, e impedidas aquelas previstas nos artigos 448 e 449 (BRASIL, 1941).

Quanto à reunião, bastará a presença de quinze jurados, para que destes se sorteiem sete, que, após prometerem julgar de acordo com sua consciência e com os ditames da justiça, comporão o Conselho de Sentença, sendo facultada à defesa e ao Ministério Público a recusa imotivada de três jurados (BRASIL, 1941).

Na presença dos jurados haverá a instrução do processo, visando ao julgamento do mérito da causa, com oitiva das testemunhas, peitos, eventuais acareações e quaisquer outras demonstrações probatórias, podendo os jurados fazer, por intermédio do juiz, perguntas que julgar necessárias a testemunhas e peritos (BRASIL, 1941).

Após a instrução, passa-se então ao momento mais esperado do processo (PARADA NETO, 1998), que é o momento dos debates, quando, de um lado, o promotor e o assistente de acusação (se houver) irão acusar – ou pedir a absolvição, se o *Parquet* não reputar adequada a pretensão punitiva –, limitados pelo libelo, e de outro, o advogado ou o defensor público defenderá o réu, tendo cada parte o tempo de uma hora e meia para sustentar, havendo possibilidade de réplica e tréplica, com duração de uma hora cada (BRASIL, 1941).

Primeiro terá a palavra a acusação:

Quem fará a primeira apresentação das circunstâncias do ato jurídico analisado em sede de Tribunal de Júri, após o encerramento da instrução, e que fará a apresentação do personagem “o acusado” é o Ministério Público, acompanhado ou não de assistente acusatório, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante. O Ministério Público representa a pretensão punitiva do Estado e a tutela daqueles ofendidos pelo crime (MELO, 2016, p. 80-81).

O Ministério Público, no entanto, não precisa pedir a condenação, pois, se convencido da improcedência da acusação, pode recomendar a justiça pela absolvição (MARREY, 1988).

Após a acusação, assume a fala a defesa do acusado. “No momento penal a vida tem demonstrado que o ator principal na cena judiciária é o advogado ou o defensor público criminal: o defensor de um contra todos” (CARVALHO, 2013, p.21). O advogado procederá à defesa do réu, sendo-lhe vedado renunciá-la, bem como pedir a condenação (MARREY, 1988), mas, ao revés, deve o causídico operar segundo a plenitude de defesa.²⁹

Após os debates, os jurados, se sentirem-se habilitados a julgar sem maiores esclarecimentos, dirigem-se ao local conhecido como sala secreta (MARREY, 1988), mas que a lei dá o nome de sala especial, onde deliberarão sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido (BRASIL, 1941).

Os jurados serão indagados em relação aos seguintes quesitos, constantes no artigo 483 do Código de Processo Penal, na seguinte ordem: a materialidade do fato; a autoria ou participação; se o acusado deve ser absolvido; se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. O voto é secreto e a decisão decretada por maioria, cessando-se a contagem no quarto voto. Se a resposta for negativa a qualquer dos três primeiros quesitos, encerra-se o julgamento (BRASIL, 1941).

Para Edneia Bisinotto:

Com essa nova estrutura, engana-se aquele que acredita ter havido apenas uma breve alteração na formulação dos quesitos. Em verdade, agora se limitaram à apreciação preliminar do Júri a incidência do tipo penal (I) e a certeza plena da autoria ou participação do acusado nessa transgressão (II).

²⁹ Diz Guilherme Nucci: “No processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente. Por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, pessoas leigas, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo, perfeito – logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana. A intenção do constituinte foi aplicar ao Tribunal Popular um método que privilegie a defesa, em caso de confronto incontornável com a acusação, homenageando a sua plenitude” (NUCCI, 2008, p. 423).

Entretanto, mesmo que haja resposta positiva quanto aos primeiros dois quesitos (no caso por pelo menos quatro jurados), nada impede que a sociedade opte pelo perdão, absolvendo o acusado. Para tal, o jurado não se prenderá a quaisquer excludentes, a quaisquer codificações, estará atrelado exclusivamente ao seu convencimento íntimo de que a conduta do acusado não causou dano à sua sociedade e, por isso, decide agir como limitador do poder punitivo do Estado que, se tivesse a possibilidade, utilizaria do seu tecnicismo para condenar o réu. (BISINOTTO, 2018)

Sendo o veredito do Conselho de Sentença condenatório, o juiz togado procederá à dosimetria da pena, considerando a posição dos jurados quanto às causas de aumento ou diminuição aventadas, fixando a pena-base e aplicando as circunstâncias agravantes e atenuantes que entender presentes no caso; se absolutório, o juiz togado colocará o acusado em liberdade, revogará as medidas restritivas secretadas e, se for o caso, imporá medida de segurança (BRASIL, 1941).

Contra sentença do Tribunal do Júri cabe recurso de apelação, de acordo com o artigo 593, III, que apresenta hipóteses taxativas (PARADA NETO, 1988), sendo elas a nulidade posterior à pronúncia; a contrariedade da sentença à lei expressa ou à decisão dos jurados; erro ou injustiça na aplicação da pena ou da medida de segurança; e ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (BRASIL, 1941).

Este é, em linhas gerais e selecionados os pontos mais pertinentes ao propósito do presente trabalho, o rito atual do Tribunal do Júri, que será alhures questionado em sua validade ante a inovação constitucional de 1988.

4. O TRIBUNAL POPULAR E O ARBÍTRIO DE IMPUNIDADE.

Neste Capítulo, interessa-me apresentar características do Tribunal Popular que proponho com instrumento realizador da democracia da complexidade, com a faculdade do arbítrio de impunidade.

Com efeito, não se trata do Tribunal do Júri brasileiro, mas de uma instituição por vir, pensada a partir de um esforço de atendimento a exigências de legitimação sob o prisma democrático-complexo.

Entretanto, esse Tribunal Popular pode se confundir com o Júri brasileiro em muito daquilo que pode ser considerado como a virtude do Júri: seu potencial de criação de soluções por equidade, o debate, a composição democrática, a liberdade de convencimento... Por isso, neste Capítulo, quando se trazer referências ao Júri brasileiro ou a outra modalidade de jurisdição popular, será aquilo que pode ser identificado com a proposta de Tribunal Popular.

Como afirma Paul Ricoeur, “é principalmente no campo jurídico que se impõe a necessidade de uma aplicação propriamente criativa” (RICOEUR, 2008b, fl. 277), e nisso a proposta de um Tribunal Popular a julgar amplamente questões (inclusive metanormativas, de natureza ética) postas pelas partes parece auspiciosa, com as devidas balizas, a fim de que, a pretexto da realização de valores éticos, não se proceda a uma postura institucional antiética para com o arguido.

Como visto, o Tribunal do Júri tal qual instituído e operante no Brasil permite – aliás, impõe – que o veredito resolutorio da causa se dê sem expressa fundamentação, pois é uma decisão coletiva e secreta. Deste modo, é possível que a decisão dos jurados não se baseie estritamente, ou mesmo não se baseie de forma alguma, em critérios legais ou jurisprudenciais, e tal fato, no que toca à possibilidade de absolvição ou de comutação da pena, inspira a formatação do Tribunal Popular proposto.

Em suma, é permitido aos jurados decidir a partir de elementos metanormativos. De qualquer modo, resta inviabilizado o controle de fundamentação típico do sistema cognitivo, que conforme tratado em capítulo próprio, pressupõe possibilidade de revisão (FERRAJOLI, 2014).

No entanto, um outro fator entra em campo, como consequência da possibilidade da decisão pautada, que é a retomada de concepções tidas já há algum tempo como relegadas, antiquadas, postas na posição de saberes sujeitados, assim entendidos por Foucault como

Toda uma série de saberes que estavam qualificados como saberes conceituais, como saberes insuficientemente elaborados: saberes ingênuos, saberes hierarquicamente inferiores, saberes abaixo do nível de conhecimento ou da cientificidade requeridos. (FOUCAULT, 2016, p.8).

Pode o Júri, então, deliberar não só pela dogmática complexa e epistemologicamente estruturada do Direito positivo, cujo domínio encontra-se restrito a seus operadores, mas pela graça, pela piedade, pela clemência, pela misericórdia, pela benevolência, pela compaixão, pela equidade, dentre outras.

Disse o filósofo francês Gilles Deleuze, em entrevista a António Negri, o seguinte:

O que me interessa não é a lei nem as leis (uma é noção vazia, e as outras são noções complacentes), nem mesmo o direito ou os direitos, e sim a jurisprudência. É a jurisprudência que é a verdadeira criadora do direito: ela não deveria ser confiada aos juízes (DELEUZE, 1992, fl. 209).

A concreção do direito, sua aplicação, é isso Deleuze que reputou verdadeiramente importante, mas nisso ele está longe de ser o primeiro, devendo ser reconhecido o brilho de sua análise ao relacionar a distinção entre lei e jurisprudência à noção de devir. Todavia, a segunda parte de sua fala é sumamente relacionada a este trabalho, na medida que, ao reconhecer que a jurisprudência é criadora de direitos, ela não deveria ser confiada a juízes. Fala demasiado provocativa, de fato, então tomo a ousadia de acrescentar: não deveria ser confiada *estritamente* aos juízes.

É por reconhecer a importância do *juris dictio* na seara penal – e seu poder devastador – que reconheço acertado o posicionamento de Deleuze, pelo menos no que tange às sentenças penais. São elas importantes demais para serem confiadas apenas à deliberação técnica, sem passar pelo crivo da sensibilidade e intuição humanas, que escapam à tentativa de fundamentação formal, e por isso se faz a presente defesa do Tribunal Popular, não apenas no campo dogmático, mas alicerçada em sua aproximação com a justiça (sentida) e com os ditames da consciência.

Tratando-se de Tribunal Popular, os sistemas de deliberação dos jurados entre os modelos existentes no mundo atualmente podem ser separados em dois tipos: o francês e o anglo-saxão; o primeiro, marcado por uma pluralidade de quesitos direcionados aos jurados, e

o segundo, por um único quesito, relativo à culpa ou inocência do acusado (AZEVEDO, 2010, p.24).

Ambos os modelos, porém, têm em comum o fato de adotarem o critério da íntima convicção, ainda que com nuances diferentes (INCHAUSPÉ, 2015). É notável a similitude entre as redações da lei brasileira e da lei francesa, sobre a exortação feita aos jurados, no sentido de deliberarem segundo suas próprias consciências:

Art. 472 do Código de Processo Penal brasileiro:

Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

Art. 353 do *Code du Procédure Penale*:

Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande aucun compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leur devoir: "Avez-vous une intime conviction?"

O julgamento por íntima convicção – cuja origem parece remontar às primeiras experiências jurisdicionais (FENOLL, 2010, p. 65) – tem amplitude de convencimento maior do que pelo livre convencimento motivado, mais comum nas jurisdições ordinárias da tradição da *Civil Law*, principalmente pela consideração, na Europa Continental, de que as deliberações por íntima convicção seriam erráticas, não confiáveis, tendo sido substituída em grande escala pelo modelo da convicção motivada (*reasoned conviction*) (DAMASKA, 2019, p.121).

É certo que em ambos os casos resta superado o critério da prova tarifária, de modo que não há uma hierarquia preestabelecida de provas, como a ideia de que a confissão é a “rainha das provas” e nos *standards* romano-canônicos (DAMASKA, 2019).

Porém, a partir do julgamento pela íntima convicção pode o veredito se formar a partir de impressões e razões que são da ordem do incomunicável, mas que se fazem presentes no espírito, na consciência do jurado (MELO, 2016), por isso é tão relevante que se dê por essa via o convencimento dos jurados no Tribunal Popular, para que se possa atingir um nível mais elevado de complexidade.

As razões que justificam a graça democrática não necessariamente são abarcadas pelo tipo formalista de jurisdição que prevalece no Direito atualmente, mas se justificam pela tecnologia da *katharsis* (ARISTÓTELES, 2004, fls. 15-21), o que pressupõe uma apreciação íntima; por isso a conveniência de um auditório como ente julgador, para que os espectadores sejam passíveis de catarse, passíveis de impressões; impressões estas que podem se articular e compor os juízos éticos determinantes do arbítrio de impunidade. Essa forma de deliberação constitui um produto construído pela intersubjetividade; uma aposta no concreto, em detrimento da dominação do abstrato.

É assim, não subestimando esta faculdade de motivação (íntima e não declarada) metanormativa, mas, ao contrário, reconhecendo seu valor, que este Capítulo pretende tratar do que considera a virtude do Júri.

4.1 SUPERANÇA DA RIGIDEZ E AFIRMAÇÃO DA POTÊNCIA ÉTICA.

A condenação como resultado do automatismo na aplicação de normas implica uma amputação da justiça, uma negação de jogos de verdade (FOUCAULT, 2006) alternativos, e a isso chamo de nomocentrismo³⁰, ou seja, o entendimento da aplicação da norma positivada como critério exclusivo para solucionar conflitos, logo, a autointegração do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, fl. 74).

Como consequência, ficam represadas questões éticas, não formuláveis em termos silogísticos, duros, na acepção formal do termo, com o grau de certeza próprio das *hard sciences*. Evidentemente, o rigor formal é salutar para que haja a possibilidade de controle cognitivo e para a demonstração de certos pontos, como a caracterização do crime, a correta tipificação, a prevenção do *bis in idem*, entre outros, muitas vezes a demandar flexibilização

³⁰ Essa ideia se aproxima muito da noção de *estadualismo*, abordada por HESPANHA (1982, fl. 466).

de esquemas formais para solucionar a demanda posta, como ocorre com as teses de normas supralegais não expressas (*verbi gratia*, a inexigibilidade de conduta diversa), contudo, ainda em recurso à noção de autointegração, ou seja, a solução dada *pelo* ordenamento jurídico.

Nada obstante o nomocentrismo não ser de todo rígido, nem toda a flexibilização por ele comportada o torna adequado, na perspectiva da *democracia da complexidade*, ao momento da condenação, quando valorações metanormativas naturalmente hão de brotar no processo de análise de um julgador que está prestes a decidir o destino de um acusado. Por isso, deve haver uma qualificação da jurisdição nesse ponto, uma complexificação, o que, segundo proponho, dar-se-á mediante um *standard* de punibilidade específico, o julgamento por um Conselho de Sentença competente para exercer o arbítrio de impunidade (ou desculpa exofática), que funcionará como condição objetiva de punibilidade.

Assim, restariam incorporados juízos que exorbitam os limites dos silogismos convencionais, de pretensão universal, e com isso a jurisdição teria maior capacidade de responder a aspectos da demanda que repercutem na dimensão humana do julgamento, mas que não podem, por variadas razões, se expressar enquanto fundamentação.

Ora, seria isso um eclipse no controle cognitivo? Bem, eclipsar contém a ideia de interposição, mas é preciso cautela com a metáfora. Na verdade, o represamento dos juízos éticos pelo automatismo normativo da decisão pode ser considerado um eclipse da justiça pela norma jurídica. Diferente de eclipsar, é um desconfiar das palavras, das fundamentações expressas, e uma aposta naquilo que as subjaz, e que pode até ser traído pela tentativa expressão racional. Mas em outra perspectiva, sim: há um eclipse do controle cognitivo, se considerado que há uma umbra – como a lunar – cobrindo um território não tocado pela fundamentação, ou seja, o veredito do Conselho de Sentença.

Bem, o móvel do Legislador para a cominação legal da pena é político, não científico (JAKOBS, 2001, fl. 38); deste modo, para aplicação da pena, também deve poder ser político (no sentido de tratar eticamente os assuntos da *polis*) em alguma dimensão, e esta dimensão é a dos dilemas éticos, com a possibilidade afirmação de sentimentos e valores que, apesar de marginalizados pelo tecnicismo que sequestrou a jurisdição penal, também são constituintes de uma identidade, de uma subjetividade, e podem ser funcionais na administração da justiça. Assim como é importante conservar a regra “não matar”, é importante conservar a noção de piedade, de graça, de perdão, de razoabilidade.

Dar liberdade para um órgão radicalmente democrático, como um Tribunal popular, pode contribuir para a efetiva afirmação desses valores enquanto demonstração da potência de comunidade, pois, por sua autenticidade, seria uma afirmação necessária da vontade de potência, fundamento radical da realidade, conforme Nietzsche (2010).

4.2 O TRIBUNAL POPULAR E A DEMOCRACIA POR SORTEIO.

No primeiro Capítulo, tratei do que seriam as bases de legitimação para a aplicação de juízos éticos na jurisdição penal, ao que tecei breves considerações sobre a democracia, para ensaiar a ideia de *democracia da complexidade* como pedra de toque da estruturação do raciocínio que permeia este trabalho.

É certo que Tribunal do Júri é muito referido como um instrumento democrático, uma forma de confiar ao povo o julgamento de um semelhante, e, mais do que isso, é o exemplar de um tipo específico de democracia, a democracia por sorteio. Essa forma de deliberação estava presente na Antiga Atenas (KEANE, 2010), mas não foi reprimada quando do ressurgimento dos regimes assim chamados democráticos na Modernidade, pois a forma dominante passou a ser a democracia representativa.

Conquanto existam mecanismos esporádicos de democracia por sorteio em alguns ordenamentos, a concentração do poder se dá nos espaços delegados por representação; porém, há quem não considere isso uma realidade essencialmente democrática e reclame o advento de uma democracia por sorteio moderna, como medida mais justa. É o caso, por exemplo, de Brett Hennig (2017), que defende a substituição do modelo de democracia representativa pela democracia por sorteio, a partir da seleção aleatória de cidadãos da comunidade, para a composição de uma assembleia, na qual haveria o assessoramento técnico de especialistas nas diversas temáticas que tocam às políticas discutidas, a fim de lastrear de informação os sorteados.

Conquanto pareça excêntrica a ideia – dado o discurso naturalizador da democracia liberal como o fim da história (FUKUYAMA, 1992) –, Brett Hennig demonstra que tal modelo faria espelhar na assembleia o perfil demográfico do povo, sendo mais fielmente representativo do que as eleições. O autor evoca Aristóteles para referir o sorteio como o autêntico meio de efetivar a democracia, em oposição às eleições, que seriam mais afetadas à

aristocracia ou à oligarquia. Com efeito, o atual sistema da democracia liberal opera sérias distorções, na medida em que povoam os parlamentos de homens abastados em proporção muito superior ao número desse estrato na sociedade. O sistema é montado de modo que esse estrato assumira esse posto.

Ademais, por não terem preocupação com eleições, os cidadãos sorteados poderiam focar nos problemas reais para solucioná-los, ao invés de traçar estratégias para angariar votos, às custas de se distanciarem da tarefa democrática, em aproximação com a demagogia.

Sendo o Tribunal Popular uma instituição democrática por sorteio, goza esse das características legitimadoras elencadas por HENNIG (2017), aplicadas ao Poder Judiciário.

Mas por que não um juiz? Por que um juiz aplicar a equidade, a razoabilidade não seria o suficiente? Por critérios de legitimação expostos neste e nos Capítulos 1 e 2, é possível responder a essa pergunta, mas é oportuno sintetizar, para retomar, principalmente, dois aspectos. Em primeiro lugar, este trabalho sustenta a incidência de juízos éticos a partir da suspensão do dever de fundamentação como forma de possibilitar o arbítrio de impunidade. Ou seja, a distinção do magistrado enquanto figura competente a manejar o Direito como ferramenta, a aplicar a técnica jurídica, por si só, não lhe garante nenhum diferencial no que concerne a juízos éticos.

Em segundo lugar, e a aproveitar a deixa da primeira razão, justamente por não ter o que distinga o magistrado em se tratando de juízos éticos, uma amostra de pessoas de uma dada comunidade ampliará a gama de percepções sobre a demanda, com a formação de mais juízos éticos, similares ou díspares. Deste modo, uma conclusão excêntrica tende a ser derrotada no veredito, enquanto conclusões comuns tendem a espelhar a percepção média da comunidade, ou, ao menos, do recorte social representado no Conselho de Sentença. Há, como isso, a afirmação do provável *ethos* da comunidade.

Foi já abordada a dúplici função da pena, conforme a dimensão observada, consistindo, a função abstrata, na afirmação da vigência da norma penal, para a manutenção das expectativas normativas a ela pertinentes, e a função concreta, corretiva, como juízo de necessidade e conveniência da aplicação da sanção sobre o acusado. Bem, por causa da forma como se dá o juízo relativo à função corretiva, ou seja, a partir de um Tribunal Popular, há

que falar também de um outro aspecto funcional³¹, diretamente ligado à função corretiva, qual seja, a de afirmação – ainda que estimada, aproximada, presumida... – do *ethos* da comunidade.

É importante destacar que esse espelhamento não é uma certeza ou uma condição de validade, pois não se trata de extrair dessas consciências uma norma que se legitime por estar latente na sociedade como um todo, comum a todos os indivíduos, como em uma leitura à moda da Escola Histórica ou de alguma corrente jusnaturalista ou sociológica; é, tão somente, uma forma de dar espaço a percepções de justiça não apenas balizadas pela lógica de subsunção norma-fato, o que, quando tomado um veredito por maioria, e de julgadores sorteados, tende a manifestar (embora não necessariamente o faça) um padrão de justiça médio.

Algo semelhante ocorre em um tribunal comum, quando um processo é distribuído por sorteio: a decisão será tomada pela maioria dos votos dos magistrados, o que, em tese, tenderia a manifestar o padrão médio de entendimento jurídico, embora nem sempre ocorra assim, tanto que há nos tribunais os magistrados e os colegiados já conhecidos por seus posicionamentos, uns em uma vertente, outros em outra.

Evidentemente, cada ordenamento jurídico poderá estabelecer regras para a nomeação de jurados com vistas garantir que não haja jurados com inclinações inidôneas, notadamente aquelas atentatórias à dignidade humana.

Ora, se coubesse ao magistrado o juízo ético relativo ao arbítrio de impunidade, a chance seria exponencialmente maior de que absolvições por desculpa exofática não concordassem com a percepção da comunidade, bem como de condenações aplicadas quando a percepção da comunidade se inclinaria pela absolvição do arguido.

Mas por que não um colegiado de magistrados, ao invés do Tribunal Popular? Bem, um colegiado de magistrados mitigaria a probabilidade de vereditos excêntricos, mas dificilmente seria mais representativo do que um colegiado de pessoas sorteadas entre os cidadãos da comunidade. E para haver um número razoavelmente representativo de

³¹ Digo aspecto funcional, ao invés de função, por entender que existe como consequência da forma de exercer a jurisdição – através de um Tribunal Popular –, razão pela qual poderia ser exagerado tratar em termos de função autônoma.

juízes togados (como 7, 12, 14...) seria muito mais custoso aos cofres públicos que esses fossem juízes togados.

Além disso, o fato de a composição mudar cada julgamento evita a concentração desse poder nas mesmas pessoas, fazendo com que os cidadãos (mesmo aqueles não investidos em funções estatais) se imbuam de um fazer *comum*, assumindo-se como agentes políticos, o que, além de gerar ganhos para a comunidade diretamente, por uma jurisdição mais qualificada eticamente, implica, por si só, uma importante experiência de cidadania, pedagógica.

Uma sociedade que cultive o Tribunal Popular como afirmação da soberania democrática poderá investir em uma educação que prepare o cidadão para o dever cívico de jurado, a destacar sua importância e a gravidade desse mister. Com isso, pode-se explorar diferentes campos do conhecimento; trabalhar reflexões éticas de grande valia para o pensar da vida como palco de relações intersubjetivas: pensar os deveres éticos para consigo e para com o outro.

Só de haver uma discussão direcionada para cidadãos não magistrados, isso já qualifica a cidadania, a operar em prol da superação da dicotomia individual-coletivo como polos opostos, em favor da compreensão da interdependência dessas esferas, visto que, no campo da *democracia da complexidade*, não se pode pensar uma sem a outra.

4.3. A AUTOSSUPRESSÃO DA JUSTIÇA.

É desejado que o processo seja instrumento da concretização da justiça, como já dito aqui tantas vezes. Todavia, há que refletir sobre o que seria a justiça no plano penal/processual penal. É concebível que meros silogismos jurídicos, que excluem a pessoa do autor da operação, sejam suficientes para caracterizar a justiça? Será que não existem valores culturais, morais, cuja observância se faz imprescindível para que se afira sua consecução?

No entendimento alcançado neste trabalho, a resposta para todas as indagações é negativa, isso para qualquer cognição que não se baseie em um *modus operandi* mecanicista, mas que envolva o sentimento, a percepção concreta e humana do fato e de seu autor, ou seja: para a cognição não de um robô, mas de um ser humano.

Por ser uma tarefa eminente humana, o julgamento penal do outro não pode ser reduzido a um conjunto de proposições estritamente racionalistas, da ordem do computável – mesmo porque já tratamos dos limites da computação (TURING, 1936) –, mas deve compreender a dimensão do sentimento, daquilo que, enquanto valor, constitui um povo ou promove a identificação em uma comunidade. A integração desses elementos é vital a uma concepção ética do Direito, pois a justiça, enquanto virtude, é mais próxima da arte de ponderar bem entre variáveis complexas do que da mera habilidade técnica e domínio dos conceitos e do conteúdo lógico-formal de uma área do saber – a qual não deve ser subestimada (permanecem fundamentais o domínio técnico e o conhecimento jurídico), mas também não deve sufocar aquilo que não seja seu objeto de análise.

Acerca da permeabilidade do ambiente jurídico para questões emocionais, Ezilda Melo destaca que

Controlar as emoções, ter um ritual e quando sentir demonstra uma total frieza e falta de espontaneidade que mecaniza os atos humanos. Não é possível retirar-se a emoção do sistema jurídico por mais que se tente colocar uma venda nessa constatação (MELO, 2016, p. 95).

Para a autora, “julgamentos puramente racionais são pobres e ineficazes e que decisões com bases emocionais levam à ação”, e, “neste sentido, ter-se coerência emocional nas inferências das provas judiciais e no convencimento traz benefícios ao sistema jurídico.” (MELO, 2016, p. 97)

O julgamento, pois, não deve se desvencilhar em absoluto da percepção humana da comunidade em nome da qual se julga, com toda a miríade de significados que isso implica, jamais desconsiderando a metodologia racional própria do sistema cognitivo (FERRAJOLI, 2014).

Sob este prisma, é possível, pois, distinguir-se a *justiça* enquanto *espada* e a *justiça* enquanto *balança*; o direito de reprimir e o dever de equidade; o processo e seus diplomas balizadores, constitutivos da justiça formal, e o *animus* da entidade julgadora frente a uma situação concreta, o que, se coerente e condizente com o sistema de garantias, é a justiça material.

Quem dedicou profunda análise ao tema foi o filósofo do martelo, o alemão Friedrich Nietzsche:

Aumentado o poder de uma comunidade, ela não mais atribui tanta importância aos desvios do indivíduo, porque eles já não podem ser considerados tão subversivos e perigosos para a existência do todo: o malfeitor não é mais “privado da paz” e expulso, a ira coletiva já não pode se descarregar livremente sobre ele – pelo contrário, a partir de então ele é cuidadosamente defendido e abrigado pelo todo, protegido em especial da cólera dos que prejudicou diretamente. O acerto com as vítimas imediatas da ofensa; o esforço de circunscrever o caso e evitar maior participação e inquietação; as tentativas de achar equivalentes e acomodar a questão (*compositio*); sobretudo a vontade cada vez mais firme de considerar toda infração *resgatável* de algum modo, e assim *isolar*, ao menos em certa medida, o criminoso de seu ato – estes são os traços que marcam cada vez mais nitidamente a evolução posterior do direito penal. (NIETZSCHE, 2009a, p. 56)

Vê-se na sentença supra que, para o autor, o desenvolvimento, não puramente econômico, mas existencial de um povo faz com que soluções alternativas às medidas mais brutais e ignominiosas surjam, justamente pela descrença no acerto dessas últimas, pelo reconhecimento de sua falta de nobreza.

Em sequência, e na mesma linha de raciocínio, o autor arremata a conclusão que inspira este sub tópico:

Se crescem o poder e a consciência de si e da comunidade, torna-se mais suave o direito penal; se há enfraquecimento dessa comunidade, e ela corre grave perigo, formas mais duras de direito voltam a se manifestar. [...] Não é inconcebível uma sociedade com *consciência de poder* que se permitisse o seu mais nobre luxo: deixar *impunes* os seus ofensores. “Que me importam meus parasitas?”, diria ele. “Eles podem viver e prosperar – sou forte o bastante para isso!”... A justiça, que iniciou com “tudo é resgatável, tudo tem que ser pago, termina por fazer vista grossa e deixar escapar os insolventes – termina como toda coisa boa sobre a terra, *suprimindo a si mesma*. A auto supressão da justiça: sabemos com que belo nome ela se apresenta – graça; ela permanece, como é óbvio, privilégio do poderoso, ou melhor, o seu “além do direito” (NIETZSCHE, 2009a, p. 57).

Esta citação toca diretamente àquilo que foi dito sobre a distinção de “*justiças*”. É possível vislumbrar semelhanças significativas entre pensamento de Nietzsche e o abolicionismo penal de Louk Hulsman (1993), deixando-se claro na citação que o fenômeno seria consequência natural de um crescimento colossal do poder e da consciência da comunidade e dos indivíduos, sendo, todavia, manejado como uma situação ideal, tanto que se utiliza da expressão “não é inconcebível”, todavia tal não constitui um modelo alternativo, simplesmente porque ele não seria viável se desprendido da consciência e do sentimento genuíno de potência, conforme o autor.

O que se mostra palpável nos dias correntes e que se tem presente na citação é a mitigação do poder punitivo, do punitivismo, em prol da ideia de isolamento do agente de seu ato, de perscrutar qual a adequada solução ao caso.

Em consonância com a ideia manifestada nas citações está a possibilidade que tem o Tribunal Popular, que é a de realizar “a verificação da reprovabilidade social de determinada conduta”, o que “somente pode ser feita pela própria sociedade que, manifestando suas impressões, seus desejos e preocupações, estabelece o que entende melhor para si mesma” (TASSE, 2006, p. 26). O Júri, então, “favorece a utilização do critério de reprovabilidade – como expressão do sentimento moral médio -, favorecendo uma maior aproximação do julgamento com a evolução social” (CASTRO, 1999, p. 39).

Nietzsche (2009b), na segunda dissertação da *Genealogia da Moral*, de nome ““Culpa”, Má Consciência” e Coisas Afins”, trabalha com profundidade a potência, o espírito do homem “livre” (aspas postas por ele mesmo), cuja medida de valor recai sobre sua duradoura e inquebrantável vontade; orgulhoso pelo privilégio extraordinário da *responsabilidade*, brota neste homem aquilo que o autor chama de seu “instinto dominante”, e que o homem liberto chama de sua *consciência* (NIETZSCHE, 2009a, p. 45).

O fato é que a grande marca deste ser potente, com base na obra supra, é o abandono do ressentimento, o qual, por sua vez, é pai de muitos vícios que, por vergonha e fraqueza de seus mesquinhos detentores, insistem em vestir-se de virtudes, como a transmutação alquímica da impotência de agir em perdão ou paciência, mas, sobretudo, analisaremos um disfarce em especial: o transvestir da vingança em justiça.

Para o filósofo (NIETZSCHE, 2009a), muito da cultura das civilizações tem fulcro no ressentimento e, por conseguinte, nestas transvalorações, de modo que certas práticas são estruturadas não para a consecução da virtude, mas para a profusão do vício e sua conversão em aparente virtude, para o regozijo dos fracos, dos hipócritas, e para o lamento dos fortes, dos “livres”, dos “*homens de responsabilidade*”.

Não é fora deste contexto que se localiza o Direito e, especificamente, o Direito Penal, que também foram objeto de análise do pensador. Dizia ele: “coisa estranha as nossas punições! Elas não purificam o criminoso, elas não são expiações: pelo contrário, elas maculam mais do que o próprio crime” (NIETZSCHE, 2016, p. 154).

É natural que este sentimento de gozo fuja ao domínio da consciência, pois ele conflita diretamente com o babélico edifício de valores erguido pela hegemônica cultura ocidental. Ocorre, a partir disso, que o cidadão apoiador do sistema posto é, ao mesmo tempo, desconfiado deste, e reconhece sua crueldade; tão somente ignora estes fatores, pois julga remota a possibilidade de encarar o aspecto mais devastador do Estado. Tarde demais. Ele pode não ser tragado pelo sistema penitenciário, mas o moto-perpétuo é implacável, e a inversão vítima-algoz se estende *ad eternum* (SAMPAIO *et* ROTONDANO, 2015).

Há um prazer, da parte dos menos vulneráveis ao sistema penal, nisso tudo; eles, os homens de ressentimento, tal como colocado em Genealogia da Moral (NIETZSCHE, 2009b), exercitam sua vaidade: o sofrimento do seu não-próximo é seu regozijo, sua projeção à além-vida prometida, na qual, como abençoados, para que sua bondade e justiça lhes dê maior satisfação, observam a pena dos miseráveis pecadores da moral e dos bons costumes (quem negaria a semelhança entre os presídios brasileiros e o inferno cristão?); de que lhes adiantaria sua beatitude se o diferente fosse igualmente a eles tratado? Não veem, contudo, que acabam por se aprisionar na prisão projetada para o seu monstro, já que ela é a própria estrutura social (SAMPAIO *et* ROTONDANO, 2015).

Esses gozadores orgulhosos do sistema vicioso acabam tão inseridos em uma prisão quanto os criminosos, mas numa prisão imensa, com liberdade ambulatória até onde a vista alcança; presos ao medo da criminalidade (que se retroalimenta do sistema), à pequenez ética, à estreiteza de uma compreensão viciada sociedade, sem o “instinto dominante” como *consciência*. Aquele, todavia, que rompe estes grilhões e assina sua própria carta de alforria é capaz de julgar adequadamente por impulso natural, bem como de reconhecer a hipocrisia encrustada nos discursos que se autoproclamam absolutamente benignos. Reconhecer a justiça, separando-a da sua noção punitivista, hamurábica; ser hábil a discernir quando se deve deixar de aplicar uma pena; eis virtudes instintivas deste ser.

Todavia, esta não é uma exclusividade de pessoas excepcionais, pois, embora em regra a grande maioria das pessoas esteja infectada pela prevalência da mediocridade moral – e não é por outra razão que abundam os preconceitos e as ânsias de vindita – esta generosa parcela ainda é sensível à verdade – enquanto efeito de uma fala genuína, da “*coragem da verdade*”, de uma *parresia* (FOUCAULT, 2011) –, à justiça, sendo também capaz de equidade, se devidamente convencidos, se conduzidos com cautela e maestria para a compreensão do

ponto metanormativo almejado, em um processo que permita o contato com a dimensão humana do fato, em que se exponha as razões e as consequências do ato jurisdicional.

Enfim, é possível que a gravidade do cargo ocupado, enquanto julgador, faça com que a nobreza e a responsabilidade, nem que por um breve instante, brotem no espírito, e que se faça escutar a voz da *consciência*, que, naquele momento iluminado, atuará, nada obstante as eventuais resistências pseudomorais, como instinto dominante, e assim se efetuará a *graça*, a supressão da justiça pela justiça. Com isso já se vê uma importante virtude do Júri: sua capacidade de despertar a nobreza e a virtude dos jurados, sendo, sobretudo para eles, uma lição de vida e de justiça (VIVEIROS, 2003).

Desta forma, a deliberação não será em função da tentativa de aplicação correta de uma norma abstrata, mas de afirmar a pena ou a absolvição como justiça adequada para aquele caso, ou seja, de afirmar a *justiça* pela afirmação daquilo que informa a *justiça*, a partir da vazão de “forças ativas” movidas pelo fenômeno que Friedrich Nietzsche chamou de “Vontade de Potência” (NIETZSCHE, 2010).

Segundo o filósofo, tudo o que há almeja a própria afirmação, entretanto, forças reativas podem barrar as forças ativas, de afirmação, de diferenciação. A existência de forças reativas é fundamental, seja para um sistema, seja para um indivíduo, entretanto, é necessário para um “espírito superior”, para uma “sociedade superior”, “mais potente”, que as forças ativas sejam dominantes. Diante dessa proposição, vê-se que a efetivação de uma *democracia da complexidade* está acorde à ideia Nietzscheana de sociedade potente, de modo que a supressão da justiça enquanto possibilidade institucional pela justiça enquanto sentimento ativo, afirmação de potência, é algo que qualifica a jurisdição.

Sob este entendimento, aprofundar-se-á a questão, permanecendo ainda nesta temática, todavia apresentando seus fundamentos jurídicos, sua abertura epistemológica e suas possibilidades concretas de justiça.

4.4. DA EQUIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI.

Presentifica-se, pois, com mais força, a partir do veredito de jurados instados a decidir conforme a consciência e seu sentimento de justiça, a equidade na cognição penal, o que não

nega o Direito formal, positivo, mas, ao contrário, justifica sua aplicação, atesta sua adequação ao caso concreto:

Está claro que a compreensão equitativa de todas estas circunstâncias específicas, e tanto mais se não estiverem previstas na lei, comporta um *poder de conotação* que se expressa em escolhas e valorações amplamente discricionárias (FERRAJOLI, 2014, p. 153).

É preciso, porém, que se tenha clara a distinção entre esta forma de julgamento, qual seja, a equitativa, e uma imposição autoritária de quem funcionalmente exerce papel de decisão, ao passo que aquela possui intrínseca legitimidade, e, além dela, inevitabilidade, para qualquer sentença que se pretenda justa:

Na realidade, não será apenas legítima, mas também iniludível a discricionariedade equitativa que aquele comporta e que está ligada ao fato de que o juiz não julga o tipo de delito, que é uma questão legislativa, mas o delito concreto, singular e não repetível, e portanto deve entendê-lo em sua especificidade (FERRAJOLI, 2014, p. 153).

Isso diz respeito diretamente ao fato de que cada evento é irrepetível, o que torna manifestamente equivocada a aplicação indiscriminada de normas gerais a casos extremamente específicos sem a devida reflexão, sem o esforço de adequação. Neste sentido, “do mesmo modo que entendemos caracteres com inexatidão, assim o fazemos com os fatos: falamos de caracteres iguais, de fatos iguais: não há nenhum dos dois” (NIETZSCHE, 1983, p. 139).

É claro que aqui não se critica o caráter geral e abstrato da lei, pois assim não poderia deixar de sê-lo, sob pena de desnaturar-se enquanto tal, mas justamente o contrário: é por reconhecer que a lei é e deve ser geral e abstrata que se entende aqui pela necessidade da equidade nos julgamentos. Este mesmo entendimento é expresso por Luigi Ferrajoli:

... para a lei “necessário falar de um modo universal”. A equidade serve para corrigir “a lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta”, quer dizer, “quando a lei apresenta um caso universal e sobrevivência circunstanciais que ficam de fora da fórmula universal (FERRAJOLI, 2014, p. 153 - 154).

O espaço para a apreensão concreta da lei deve ser garantido e entendido como operação natural do Direito, jamais de forma excludente, mas que devem caminhar alinhadas. Luigi Ferrajoli, pela sua declarada postura positivista, postula inexistirem lacunas no ordenamento jurídico; que, na verdade, toda aparente ausência normativa é um defeito interpretativo, uma demonstração de falta de equidade por parte do intérprete, nunca como se

uma fosse alternativa à outra, quando insuficiente, tanto é que, para o autor “a equidade não pode ser invocada para ultrapassar a lei, senão apenas para aplicá-la” (FERRAJOLI, 2014, p. 156). Sobre a compatibilidade e necessidade de congregação entre legalidade e equidade:

Não há, assim, nenhum sentido em contrapor legalidade e equidade, como se as duas coisas pudessem ir separadas ou, inclusive, uma como alternativa da outra. Ainda menos sentido haverá em dizer – como ARISTÓTELES e quantos outros que copiaram seu pensamento – que a lei é “insuficiente”, ou “lacunosa”, ou que “o legislador se omitiu e errou”, e conceber por isso a equidade como “co-respectivo”, “integração” ou “derrogação do direito formal”, ou como “o justo que vai além da lei”, segundo “o espírito do legislador”, o “direito natural”, a “consciência social”, a “discritivonarietà legislativa do juiz” ou similares (FERRAJOLI, 2014, p. 154).

Arrebata ainda o autor que, mais do que compatíveis, ambas são *conditio sine qua non* uma da outra, de sorte que a legalidade necessita da equidade para concretizar-se no mundo dos fatos, ao passo que a equidade necessita da legalidade para fundar-se legítima, para não se conspurcar em abuso e perversão. Como dois lados de uma mesma moeda, são indissociáveis estas duas dimensões da aplicação normativa:

A legalidade e a equidade constituem dois aspectos diversos do conhecimento judicial ligados a duas dimensões distintas, mas logicamente indissociáveis, da linguagem jurídica e do significado dos signos nele empregados. De modo que nem a legalidade será possível sem a equidade, nem a equidade – salvo nos sistemas substancialistas descritivos no parágrafo 7.4 e tendencialmente carentes de legalidade ou de língua ou denotação legal – será possível fora da legalidade (FERRAJOLI, 2014, p. 154).

A liberdade que a equidade impõe ao intérprete não é senão a fatal conduta de quem tem a necessidade de agir, tomar posição. É inviável exigir que o juiz reduza-se à *bouche de la loi*³² (BOBBIO, 2006), pois eis aí uma boca que fala muito pouco. Não se pode querer que seja a *mens legislatores* acionada diretamente pela via da simples leitura da redação de uma norma, para fins de aplicação da lei penal. Ademais, a expectativa de que todo embaraço que dê ensejo a uma demanda processual seja solucionado pelo legislativo, através da mera leitura das normas dele emanadas, fere a ideia de tripartição de poderes, já que para cada caso, em sua concretude, haveria de ter uma norma que lhe desse justo acabamento, o que faria com que as Casas Legislativas se tornassem, com efeito, grandes Tribunais, decidindo, a cada caso, a norma aplicável.

³² “Boca da lei”, expressão normalmente empregada para referenciar a postura ideal do julgador aos anseios da Escola de Exegese e creditada ao pensamento de Montesquieu.

Justamente o que impede que as normas legais sejam aplicadas por mera reprodução num processo judicial é a falta de equidade quando de sua formação, mas isso não ocorre porque o Legislador é iníquo, mas porque equidade pressupõe a análise concreta do fato posto, do que se extrairá a medida adequada, com base em suas nuances circunstanciais, inéditas e irrepetíveis, fruto do irrefreável e inelutável devir (DELEUZE, 2018).

Sendo, pois, uma condição para o julgamento, a equidade não é, por imperativo lógico, vedada pelo Direito, uma vez que se produziria um verdadeiro paradoxo na ciência jurídica, na medida em que algo estritamente necessário seria tido como inválido, o que anularia a possibilidade de validade do objeto o qual compõe e justifica – o julgamento –, bem como o acerto epistemológico de todo ordenamento jurídico, visto que o julgamento é justamente o corolário mais evidente da existência do ordenamento, e é sobretudo para atividade jurisdicional que ele se dirige, afinal, pra que serve o direito se não há como dizê-lo? Neste caso, não haveria nem sequer o direito.

No Brasil, a lei 4.657 de 1942, conhecida como Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, dispõe em seu artigo 5º que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942). Em Portugal a discussão do tema remonta à Lei da Boa Razão, que achou em José Correia Telles um exímio tratadista (TELLES, 1824).

Ora, quais os fins sociais a que cada lei se destina e como atender a estes fins em cada caso que se aponha à frente? Nenhuma redação legal poderá dizê-lo, já que cabe ao juiz (ou ao órgão julgador legalmente investido) a avaliação concreta destas variáveis.

Por não ser um ato mecânico, ao alcance da cognição robótica, o julgamento implica, como visto, liberdade; liberdade esta que configura – com o rigorismo conceitual que se exige – discricionariedade, em contraponto ao acatamento vinculado e unidirecional de determinado texto. Entretanto, não se deve reputar despótica esta discricionariedade, mas, propriamente, de uma inafastável dimensão do ato judicante, inclusive no campo epistemológico: “Esta específica discricionariedade judicial (a única forma de discricionariedade) é plenamente legítima e pertinente, ao ser uma dimensão epistemológica constitutiva da jurisdição” (FERRAJOLI, 2014, p. 156).

Esta conclusão, tão enfatizada neste tópico do trabalho, ganha aqui tanto relevo e reiteração principalmente pelo fato de que, apesar de apoditicamente – aos moldes formais da lógica aristotélica (ARISTÓTELES, 2016) – válida, recebe do senso comum, e mesmo de parte significativa do senso comum jurídico, reação feroz, como que se, ao fazer uso da equidade, o julgador declinasse de sua sagrada posição de imparcialidade. Não percebem, no entanto, que ao negar a equidade o julgador não se torna neutro (não existe esta oposição); quando se nega a tomar uma decisão equânime não se consegue com isto a neutralidade, mas a iniquidade:

(...) a equidade é também uma condição da imparcialidade do juiz. É iníquo não só o juiz obtuso, que não sabe captar as conotações específicas do caso julgado, mas também o que faz pesar sua subjetividade no julgamento, sem conseguir e talvez sem sequer tentar desprender-se dela para compreender a do acusado (FERRAJOLI, 2014, p. 157).

Equidade não se traduz aqui como invenção de normas e valores para se justificar precária e ilegitimamente um mero ato de vontade. Não. Traduz-se no ato de buscar compreender o caso em sua inteireza fática, com base nos elementos coligidos nos autos, para saber se a lei é aplicável e em qual medida. O julgador – juiz ou jurado – que olvida este elemento, que além de tudo é um dever, não será imparcial, mas iníquo, obtuso, e, com seu veredito, cometerá em nome do Direito um grave ato contra a dignidade da justiça.

Justiça sem equidade – na perspectiva democrática aqui sustentada – não deve existir; a decisão iníqua, que inobserva o caso concreto e deixa de avaliar, à baliza de critérios idôneos (que variam conforme o tipo de decisão, podendo ter caráter metanormativos, quando a deliberação for sobre absolvição/condenação), o caso concreto, não se pode considerar justa ou neutra, mas desleixada ou mal-intencionada. Esta última também, pois a aplicação cega da norma penal serve a quereres velados, que não desejam dar-se à luz, e que pela via detida da análise fática, com cotejo sério e engajado da norma ao caso, restariam constrangidos demais para reverterem-se em ato.

É justamente pela via da perscrutação fática minuciosa que a vontade iníqua se refreia; é pelo medo de faltar com a equidade, com a justiça, que o homem abdica de ser iníquo. E se a aplicação da lei *ad litteram* pode ser iníqua? Decerto que sim, haja visto que a norma não foi projetada para nenhum caso concreto, de modo que sua aplicação dependerá da avaliação de um intérprete investido em jurisdição para julgá-la adequada ao fato.

Mas um precipitado poderia redarguir: “e quanto ao Tribunal Popular? Afinal, a decisão é íntima e secreta, e sendo assim, por que razão encontraria barreiras a iniquidade?”. Bem, para encontrar a resposta desta questão é preciso rastrear seu vício, sua falsa premissa, e, no caso, não é difícil encontrá-la. Claramente o inquiridor hipotético está a creditar a inibição da iniquidade ao dever de fundamentação, como se o que constrangesse fosse apenas a publicação da inconsistência da decisão, o acesso de sua vergonha e de seu descompromisso por terceiros, todavia não é preciso que seja assim.

Se para espíritos tacanhos e egoístas basta decidir conforme se queira, sem render lustros à justiça; se existe esta casta mesquinha a quem basta proceder pelo rastejo de uma decisão parca, não se pode perder de mente que, de outra banda, existem espíritos nobres, potentes (na acepção nietzscheana), habitualmente impelidos à seriedade, que buscam a justiça, a coerência, que estão dispostos a observar os fatos com sensibilidade e que não se permitem faltar com a dignidade imposta pelo cargo que ocupam; pessoas para as quais a equidade não é uma opção, mas um dever.

Para estas pessoas, o constrangimento é de foro íntimo. Não estão preocupadas se irão saber como votaram ou por que votaram. Seu juiz é a consciência, a própria inteligência, que lhes discerne o certo do errado, e a noção de que sua decisão não se encerra ali, mas afetará muito significativamente a vida de outras pessoas. Já tratava Aristóteles (2005) sobre a propensão natural da pessoa para a verdade e a justiça, chegando a afirmar que “os homens têm uma inclinação natural para a verdade e a maior parte das vezes alcançam-na” (ARISTÓTELES, 2005, p. 93).

O homem de boa vontade não fica indiferente quanto às circunstâncias do crime, à pessoa do réu e às consequências de sua decisão, apesar e independentemente do seu querer, pois o julgamento por equidade não deixa de ser um julgamento pelo entendimento, e isto é mais do que o suficiente para afastar do julgamento a iniquidade; aliás, como se verá adiante, é até mais efetiva a equidade manejada pelos jurados, pois, se fundamentada fosse a decisão, esta se reduziria a termo, na forma escrita, e a emoção, a certeza da justiça, virariam tinta preta sobre fundo branco, o que poderia não ser transmitida a uma corte de instância superior, que, desconsiderando a equidade e baseada na redação pura e geral da lei, poderiam reformar a decisão, esvaziando todo o trabalho construído no processo.

Ademais, um julgamento ruim também não necessariamente se constrange pelo dever de fundamentação, pois, lamentavelmente, é corriqueiro na prática forense o defrontar-se com decisões patentemente atentatórias à norma legal, muitas vezes em franca esquivia aos argumentos tecidos pela parte, mas que se afirma suficiente. Quantos embargos de declaração são improvidos enquanto remanescem as omissões! Portanto, a fundamentação é uma ferramenta importante para que haja o controle cognitivo das decisões (algo imprescindível para atos punitivos), mas não basta para inibir iniquidades.

Não se confunda, contudo, o supramencionado uso da equidade com o ativismo judicial, que fere a segurança jurídica e, por consequência, o Estado de Direito, a tornar incerto o sistema de garantias a que tanto defende este trabalho. Deste modo, vale novamente reiterar que a discussão toca a um juízo bastante específico: a deliberação condenatória/absolutória. Trata-se da equidade como limite do poder punitivo, como filtro, para que não seja imposta uma pena quando a prudência geral não o recomendar. Qualquer outra análise do uso da equidade no processo, principalmente em desfavor do réu, exorbita o alcance e a intenção destas linhas.

4.5. A INTERDISCIPLINARIDADE NO TRIBUNAL POPULAR.

O Tribunal Popular, pela oralidade inerente a seu rito, pela liberdade de convencimento, propicia uma grande potência de análise, o que se dá também, pela possibilidade de articulação de conhecimentos de distintas searas, o que se tem chamado de *interdisciplinaridade*, mas que, enquanto ideia que privilegia a intersecção de saberes, existe e é enfatizado há muito tempo na história do conhecimento (GUSDORF, 1995).

Como reza o chiste que é tão comum no Brasil, “para o jurista não é suficiente entender do Direito, é preciso entender de parto de onça a atracamento de navio”. Se este raciocínio não se opera em certas demandas judiciais ou menos em algumas áreas do Direito, é certo que na seara criminal, e sobretudo na tribuna do Júri, faz-se mister um robusto aporte de conhecimentos gerais e segurança de espírito para manejá-los.

É aí que se observa a imensa abertura do Júri para domínios outros que não os restritos à ciência do Direito. O conhecimento da técnica jurídica e do rito são de suma importância para qualquer situação, e o domínio pleno dos aspectos processuais pode ser decisivo para

evitar que um processo vá a Júri ou que determinado ato seja anulado, a despeito de qualquer outro saber, apenas pela demonstração silogística, formal, da presentificação da *fattispecie*, porém no Júri isso está longe de ser suficiente.

Os jurados não necessariamente são pessoas versadas em Direito, podem ser leigos para os quais os formalismos não têm tanto significado; que não tiveram anos de formação em uma faculdade que lhes ensinasse a importância do devido processo legal, de se respeitar garantias processuais. O discurso deve ser o discurso sobre o fato, as provas, as consequências e coisas mais que qualquer inteligência não especializada possa apreender. O que se almeja, no entanto, perante os jurados, não é apenas expor os fatos e tratar das provas de modo meramente informativo, tal qual um jornalista: objetiva-se convencer, persuadir, conduzir o raciocínio dos jurados até o veredito conveniente, o que constitui, pois, a retórica forense, o uso de elementos para impelir o auditório a posicionar-se frente a determinada causa (ARISTÓTELES, 2005).

O filósofo estagirita Aristóteles entende por retórica “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir” (ARISTÓTELES, 2005, p. 95), sendo, pois, a arte de convencer, levando-se em consideração o objeto da discussão e o auditório. Para o Tribunal do Júri, esta arte, que pela tamanha importância foi elencada entre as sete artes liberais, compondo o *Trivium* (JOSEPH, 2008), desempenha importante papel, ante a ignorância dos jurados acerca do discurso científico do Direito, de sorte que é possível enxergar plenamente o cabimento daquilo que Aristóteles afirmou quanto à utilidade desta arte:

A retórica é útil porque a verdade e a justiça são por natureza mais fortes que os seus contrários. De sorte que, se os juízos se não fizerem como convém, a verdade e a justiça serão necessariamente vencidas pelos seus contrários, e isso é digno de censura. Além disso, nem mesmo que tivéssemos a ciência mais exacta nos seria fácil persuadir com ela certos auditórios. Pois o discurso científico é próprio do ensino, e o ensino é aqui impossível, visto ser necessário que as provas por persuasão e os raciocínios se formem de argumentos comuns (ARISTÓTELES, 2005, p. 93).

Como já se viu em pontos anteriores, o jurado, como pessoa comum, é capaz de equidade, mas esta se alcança pelo convencimento, razão pela qual é de suma importância o trabalho dos expositores do plenário, os elementos por eles abordados e a forma como abordam. Ocorre que, frente à falta de especialidade dos julgadores, novos elementos que não os dogmático-jurídicos ganham espaço como ferramentas retóricas. Com isso, opera-se a

abertura do Júri para outros domínios do saber, outras disciplinas, dando-lhe como característica sua a inter/transdisciplinaridade.

Sobre este caráter, aprofundou-se Ezilda Melo:

(...) o Direito é uma obra aberta que pode ser analisada pelo viés transdisciplinar da arte, em que prepondera o valor da emoção, como nas interpretações feitas pelos jurados num Tribunal do Júri (MELO, 2016, p. 27).

A autora apresenta, por exemplo, e com ênfase, interfaces entre o Direito e a arte, concebendo o Júri como um cenário de espetáculo, valendo-se inclusive de conceitos nietzschianos (NIETZSCHE, 2011) para tanto:

Trata-se de um exercício artístico no qual revitalizam lado a lado a encenação na sociedade do espetáculo, sob o manto criativo do apolíneo e, do outro, a dor e a destruição provocada pela tragédia dos crimes, representando o dionisíaco. O Direito é uma arte que se expressa através de personagens que mostram suas fraquezas e forças nos cenários de suas atuações. O jurista participa conjuntamente do processo de criação. O acusado e os jurados, assim como demais personagens do Tribunal do Júri, são criadores e criaturas em atuação nas cenas trazidas pela superficialidade representada durante o julgamento (MELO, 2016, p. 26).

Nesta toada, a escritora vai além, e afirma conceber o próprio Direito como uma arte, situando-se envolto por diversas áreas do conhecimento que o tocam, sendo imprescindível compreendê-las, se quer-se compreender a arte do Direito, e mais, enxergá-las sob um prisma dinâmico e transdisciplinar:

Na compreensão deste trabalho, entende-se o Direito como arte jurídica e o analisa-se envolto em contradições sociais, tendo em vista que, para se compreender essa arte, e necessário um olhar transdisciplinar que envolva todas as disciplinas das Ciências Sociais, portanto, aglomerado a um só tempo a Filosofia, a História, a Geografia, a Sociologia, a Antropologia, a Linguística, a Psicologia, a Economia e as demais que, porventura, não estejam elencadas aqui, como também as disciplinas que compõem as Ciências Matemáticas e Biológicas (MELO, 2016, p. 42).

Com isso, o Tribunal Popular alcança um posto de qualidade ímpar na experiência da cidadania, visto que a amálgama por ele possibilitada abre espaço para o que Nietzsche considerava um pináculo do conhecimento, em termo de potência, ou seja, sua elevação a um ponto em que se toquem filosofia, arte e ciência (NIETZSCHE, 2001)

Embora haja, por parte de um secto exacerbadamente positivista, certa resistência à concepção de uma operabilidade dinâmica e multidisciplinar do Direito, alegando-a arbitrária

e irracional, tem-se que a interação entre a lógica e a empiria não nega a racionalidade, senão presentifica-a na sua feição mais natural, humana, de sorte que

a verdadeira racionalidade está aberta e dialoga com o real que lhe reside. Ela opera uma ligação incessante entre a lógica e o empírico: ela é o fruto de um debate argumentado de ideias, e não a propriedade de um sistema de ideias. A razão que ignora os seres, a subjetividade, a afetividade, a vida, é irracional. É preciso levar em conta o mito, o afeto, o amor, a mágoa, que devem ser considerados racionalmente. A verdadeira racionalidade conhece os limites da lógica, do determinismo, do mecanismo; sabe que o espírito humano não poderia ser onisciente, que a realidade comporta mistério [...] Ela é não apenas crítica, mas autocrítica. Reconhecimentos a verdadeira racionalidade na capacidade de reconhecer suas insuficiências. (MORIN, 2005b, p.157-158).

A jurisdição democrática, a jurisdição aberta a juízos éticos há que comportar uma racionalidade como esta, descrita por Edgar Morin: aberta, dialógica, afetiva, vitalista, autocrítica.

Nada obstante ao reconhecimento da legitimidade do permear rico e heterogêneo de ideias e afecções, não é sem resistência que ela se aplica à ciência do Direito e, particularmente, à do Direito Penal, motivada sobretudo por um fetiche objetivista que se impõe sempre em detrimento dos mais vulneráveis ao sistema penal (CARVALHO, 2016), e de uma concepção que abarque a pena na plenitude de seu propósito.

No Direito os discursos se cruzam, os saberes se mesclam, e o Júri, neste ínterim, ocupa posição de destaque:

O Tribunal do Júri, dentro de uma concepção pós-moderna da ciência e do Direito, constitui-se enquanto instituição que privilegia o conhecimento empírico e emotivo dos juízes-cidadãos, em detrimento do conhecimento técnico e racional dos juízes-magistrados. A arte e a estética estão no Direito por causa da sua dinâmica complexidade, da sua refinada compreensão do mundo, da sua criatividade (MELO, 2016, p. 27).

De fato, a liberdade conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro aos jurados permite que se aflorem suas experiências pessoais, suas impressões sobre os depoimentos prestados, sobre a figura do réu, e, então, não só sobre a ocorrência do crime, senão também sobre a conveniência da aplicação da pena. Por esta razão é que se pensa o Tribunal Popular a partir do exemplo do Júri brasileiro, para ser o instrumento adequado a aplicar a graça democrática.

4.6. A COMPLEXIDADE DO *JUDICIUM CAUSAE* E A TECNICALIDADE DO *JUDICIUM ACCUSATIONIS*: UMA INVERSÃO DO RITO BRASILEIRO.

Como tratado no item 2.4, não importa o que se diga; quem é julgado é sempre uma pessoa; independentemente de se adotar teoria do Direito Penal do fato ou do autor; é este que responde ao processo, é a este que se acoima a pena; o que pode variar, no entanto, são os critérios para o julgamento dessa pessoa.

Com efeito, parte do conteúdo constante neste tópico encontra eco em tópicos do Capítulo 2; porém, o que se pretende aqui é a ênfase no Conselho de Sentença, enquanto órgão deliberativo composto por jurados, para operar o arbítrio de impunidade, não pela expectativa de uma aplicação escorreita das categorias legais, mas pela entrega de toda humanidade possível, na análise do caso, seja para absolver ou para legitimar uma possível condenação.

É um ser humano que se senta no banco dos réus, mesmo porque uma conduta exaure-se instantaneamente, uma vez perpetrada. Jamais se punirá o homicídio, senão o homicida, pois se este é palpável, concreto e fácil de encarcerar, enquanto aquele é abstrato, uma ideia, um comportamento (em toda a sua efemeridade). Assim sendo, não se pode conceber, sob o pretexto de se estar fazendo uma “justiça objetiva”, que o julgamento baseado unicamente no fato seja uma condenação do ato, quando é o autor que sofrerá as algúrias do processo e da prisão.

O que há, nesta linha de raciocínio, é um processo de nulificação do réu, de esvaimento de sua subjetividade, como se, de súbito, ele passasse a ser nada mais do que a encarnação do ato que praticou, e, qual um ritual vodu, açoitam-no como a um boneco, para magicamente atingir a outrem: o crime. Poder-se-ia dizer até pueril tal a ingenuidade, se a indiferença para com o outro fosse coisa de criança.

É evidente o mérito da concepção moderna do Direito Penal, alicerçada no fato, é uma grande conquista humanitária (BRUNONI, 2018), mas não por reduzir ao fato o autor, senão por impor que o juízo condenatório se dê somente na constatação da existência e autoria do fato, para que não se puna alguém exclusivamente por quem é.

Todavia, a contrapartida não é igualmente meritória. Se, por um lado, é salutar que não se prescindia da constatação do fato criminoso para punir, por outro, o fatalismo que a

subsunção norma-fato impõe, com a automática aplicação da pena, opera uma simplificação inumana e antissocial, por não considerar o sujeito por quem ele é e como vive na sociedade, mas por uma falha sua.

É possível, porém, que o contrário aconteça, e o acusado seja julgado por suas virtudes, mas não por um juiz togado, pois sua decisão seria provavelmente reformada por um Tribunal, dado o manejo de critérios não técnico-normativos. São os jurados que terão liberdade para valorar as características pessoais do réu, seu histórico de vida, e entender, com base nisso, pelo cabimento ou descabimento da condenação, ou pela mitigação da pena, caso entendam que a condenação na forma e no patamar legalmente impostos seria uma reprimenda excessiva.

É com base nessa possibilidade que se faz tão importante a atuação em plenário, na frente dos jurados, pois, nos dizeres de Ezilda Melo:

Observando-se os personagens que participam de uma ação judicial, ou mesmo de um julgamento em âmbito do Tribunal do Júri, tem-se uma compreensão de que todo fato jurídico analisado é novo e traz suas especificidades, suas novidades e suas características próprias. A reconstituição do que já passou, das histórias com personagens reais ocorre pelas lentes dos advogados, defensores, promotores e juízes, e não raro estagiários de Direito, que aguardam decisões para suas situações novas e irreversíveis. Personagens, de um enredo não ficcional, que trazem angústia diante da total falta de certeza do que ocorrerá no desenvolver nas fases processuais e nos desfechos jurídicos, malgrado absurdos, surreais e kafkianos, no labirinto inesgotável das possibilidades emocionais dos que da cena participam (MELO, 2016, p. 39-40).

Ou seja, o Tribunal Popular é ambiente propício a que se mostre a dimensão humana do sujeito acusado, permitindo-se aos julgadores a comoção, a identificação:

Julgar o acusado é, antes de tudo, perceber a criatura humana por trás da máscara social da *persona*. No Direito Penal, antes da punição, só há um personagem para ser analisado: o acusado. Se o veredicto for condenatório, ele passa a ser chamado de criminoso e será sob essa máscara que sua existência passará a ser constituída (MELO, 2016, p. 80).

Nota-se, com isso, o peso e importância do resultado do julgamento na vida do acusado, pois, independente de quem seja, caso o resultado seja pela condenação, é muito provável que para sempre carregue a pecha de criminoso, a despeito de tudo quanto vivido e conquistado, daí a importância da consideração, no juízo penal, da história e do projeto de vida da pessoa acusada.

É certo que existem aqueles que não podem ser referenciados por suas virtudes, pois preponderam-lhe os vícios, tampouco são homens ou mulheres de responsabilidade; existem pessoas de fato antissociais, malquistas, que não demonstram arrependimento ou esforço para evidenciar que não é pessoa afeita ao delito e à criminalidade. Para as quais não vai se operar tão facilmente a lógica apresentada neste tópico; entretanto, não é destes casos que ele se ocupa, já que, se para todos fosse aplicado este raciocínio, o próprio julgamento seria desnecessário e a equidade, inútil.

Como explica Ferrajoli:

A valoração equitativa jamais se refere, na realidade, ao caso abstrato, senão sempre ao caso concreto e humanamente determinado. É, assim, através dela que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento, que no ordenamento italiano, como em outros, não é apenas um princípio racional e moral, mas também um princípio jurídico constitucional. É nela que se manifesta a sensibilidade, a inteligência e a moralidade do juiz (FERRAJOLI, 2014, p. 157).

É absolutamente circunstancial a aplicação da equidade, não se podendo prescindir, como traz a citação, da sensibilidade, inteligência e moralidade quando do julgamento, não bastando a mera constatação do crime. Caso assim o fosse, não fariam os jurados um julgamento, mas uma simples conclusão de cognição policialescaca, investigativa, em que se busca somente apurar fatos, não infligir uma pena, com tudo que isso implica.

No rito bifásico do Júri brasileiro, o *judicium accusationis* compreende a primeira fase, quando se afere a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria, numa cognição limitada em com *standards* probatórios menos criteriosos; e *judicium causae* é o julgamento em plenário, perante os jurados. Para um Tribunal Popular acorde às exigências éticas da *democracia da complexidade*, haveria uma certa inversão: o *judicium causae* seria o julgamento ético, no reconhecimento de que uma causa – uma demanda – contém uma complexidade que exorbita a análise de procedência de uma acusação, enquanto esta (*judicium accusationis*) é a tarefa natural do magistrado togado – afirmar com técnica a procedência ou improcedência de uma acusação, como base nos critérios juridicamente idôneos, desde a observância dos *standards* probatórios até a correta referência aos institutos e categorias.

No rito complexo, haveria primeiro o *judicium causae*, para posteriormente, se não for absolvido o arguido, o magistrado exercer o *judicium accusationis*, ou seja, o julgamento da

acusação – que é o objeto do processo penal (BADARÓ, 2023) – ocorreria legitimado pelo Conselho de Sentença.

Há, portanto, substancial diferença cognitiva entre o *judicium accusationis* e o *judicium causae*, o que se pode relacionar com a seguinte reflexão do professor italiano:

Por isso, enquanto a prova prática e a valoração jurídica exigem, como escrevia BECCARIA, a indiferença e a distância do juiz quanto ao caso denotado, a compreensão equitativa requer a não indiferença, isto é, aquela participação na situação de fato conotada que se expressa na benevolência, na compaixão, na *pietas* (FERRAJOLI, 2014, p. 156 - 157).

É preciso que se dê margem à piedade no julgamento de uma pessoa, pois, do contrário, estar-se-ia extirpando uma parte importante do julgamento humano, para não dizer a própria humanidade.

Pensar no veredito sem pensar nas consequências não é um exercício de justiça. É preciso se ter em mente que a consequência da condenação é a imposição de uma pena, e a percepção que deve conduzir o jurado à justiça é a que seja concernente à adequação dela ao acusado, não só ao crime.

É preciso dizer que, assim como há pessoas malquistas, antissociais, perigosas, como mencionado, há pessoas com histórico no qual preponderam as boas ações e cujo projeto de vida está plenamente de acordo ao Direito. Para estes casos, haverá conteúdo ético-dilemático concernente à necessidade da pena, ou ao tipo de pena. Do contrário, ou seja, ao negar que há um dilema ético (independente da solução da questão no seu mérito), estaria a sociedade a afirmar que de nada valeu ser uma pessoa cumpridora das leis, um exemplo para a sociedade, pois, ao fim e ao cabo, será nulificada, reduzida a um fato de sua vida.

4.6.1. A clemência como afirmação da soberania popular pelo veredito dos jurados.

Sendo amplo o alcance do *judicium causae*, dada a complexidade ética da demanda, outras considerações podem ocorrer aos jurados, entre elas, reflexões sobre o efetivo papel da pena na sua comunidade e na vida do possível apenado, e isso é radicalmente democrático, por demonstrar a soberania do povo sobre as decisões do Estado e os destinos da comunidade.

No iluminismo francês se encontra em Louis de Jacourt, colaborador da histórica *Encyclopédie* (ou *dictionnaire raisonné des sciences des arts et des métiers*), um registro

importante sobre a compreensão da pena, em íntima ligação à noção de soberania (lá, pessoalizada na autoridade regente; aqui, democrática, exercida pela tecnologia do Tribunal Popular):

A pena é um mal com o qual o soberano ameaça os súditos dispostos a violar as leis e que ele inflige efetivamente e numa justa proporção, quando aqueles as violam, independentemente da reparação do dano, tendo em vista um bem futuro e, em última instância, a segurança e a tranquilidade da sociedade. (JAUCOURT in DIDEROT E D' ALEMBERT, 2015. p. 242-243)

A pena, neste prisma, e partindo do interesse soberano a respeito da ordem pública, não é um fim em si mesmo, mas tem por objetivo último a manutenção da segurança e tranquilidade da sociedade. Tendo claro este intento, ou seja, havendo a consciência da finalidade da pena nesta dimensão, há que se reconhecer que não é todo crime demanda uma condenação para que não se periclite a segurança e a tranquilidade sociais.

Existe, neste diapasão, grande diferença entre a pretensão pública da pena e a pretensão privada da reparação dos danos, haja visto que enquanto esta última visa à satisfação de uma ideia de reparação quantitativa, a partir de um ente diretamente interessado, como é a vítima. A pena não repara danos, tampouco é a sociedade (conceito tão mal aplicado pelos juristas em geral, quase que como uma carta coringa para seus desígnios) parte diretamente afetada pelo crime, não havendo *particularmente* uma legítima pretensão na paga pelo réu.

Sobre isso, também se manifesta o iluminista:

Deve-se ainda observar que o direito de punir na sociedade civil passa para o magistrado, que, conseqüentemente, pode, se julgar conveniente, perdoar o culpado; mas não é a mesma coisa quanto ao direito de exigir satisfação ou reparação do dano (JAUCOURT in DIDEROT E D' ALEMBERT, 2015. p. 243).

O órgão julgador, então, deve estar consciente desta natureza da pena, de modo que não pode travestir-se em parte, usurpando uma pretensão que não é sua, mas da vítima ou de seus representantes, e que não devem se resolver em juízo criminal, por ser seu escopo a aplicação da pena, jamais um mero meio para se atingir uma indenização na seara cível. Isso seria reduzir a Justiça criminal a órgão avaliador de mérito de uma demanda cível, posição incompatível com sua seriedade e com a gravidade de suas medidas, que, justamente por isso, conferem-lhe a posição de *ultima ratio*.

Esta concepção teleológica da pena conclama o julgador a uma postura reflexiva sobre o caso em testilha, no sentido de avaliar a conveniência da punição, mesmo quando o fato, considerado objetivamente, é passível de punição.

Francesco Alimenta observa que nem sempre a aplicação de uma sanção em resposta a um delito será a medida que melhor beneficiará a sociedade, o que é demonstrado pela experiência:

L'esperienza ha, infatti dimostrato che, alcune volte, gl'interesse dela collettività esigono che non se proceda all'applicazione dela sanzione penale, pur essendo avvenuto il reato e ciò perché dall'applicazione dela sanzione penale deriverebbe, in alcuni case, piú male che bene per la società (ALIMENTA 1938, fl. 8).

Com efeito, também esta formulação está presente no compêndio iluminista, quando se aponta que o juízo de conveniência deve atender ao bem público, à sociedade:

Não é necessário punir sempre os vícios que merecem punição; há casos em que o soberano pode conceder graça e é preciso julgá-los segundo a finalidade das penas. O bem público é o grande objetivo das penas. Se há circunstâncias nas quais, ao conceder graça, se obtém maior utilidade do que punindo, então nada obriga o soberano a punir, e ele deve usar dessa clemência (JAUCOURT *in* DIDEROT E D' ALEMBERT, 2015. p. 247).

Já se viu anteriormente o manejo do vocábulo “graça” e o significado aqui adotado para este, de modo que colacionar passagens como a supra, que dão testemunho de um período histórico que marca o início da modernidade, com toda a efervescência de suas aspirações ecoando nas palavras de seus intelectuais, confere especial demonstração de relevo à preocupação contida na presente pesquisa; ou seja, evitar que se perca (no caso do Direito brasileiro) ou restituir (nos demais ordenamentos jurídicos) a possibilidade da clemência no caso concreto, quando a equidade assim o reclamar, ao mesmo tempo em que se conforma o rito do Tribunal Popular às garantias processuais, para se evitar que aquilo que se anuncia como garantia seja para o acusado fonte de injustiça.

Quanto à clemência do soberano, apontada pelo articulista francês, esta há que manifestar-se em um Estado de Direito que assuma a forma República através de seus órgãos jurisdicionais, que deverão avaliar a utilidade, a implicação concreta de cada veredito possível, não apenas a incidência da norma geral e abstrata no caso vertente.

Sabe-se já que de qualquer modo o que é julgado jamais é o fato, mas a pessoa, portanto a questão é: por quais critérios deve-se julgá-la? O primeiro já foi declinado, que é o

do sopesamento de utilidades, considerando-se os vereditos com vista à ordem pública. Mas isto, por si, não é esclarecedor, afinal, não se tem evidentes os meios por que se decidirá acerca da utilidade. Para o juiz togado, cujas decisões sempre devem vir acampadas em claras fundamentações, não há muito espaço para razões não positivadas; todavia este empecilho não alcança os jurados, que farão as vezes da prudência do soberano.

Será, no Estado de Direito, o Conselho de Sentença o coração e o sentimento da República, se instituído o Tribunal Popular.

4.6.2. Justiça, moral e piedade.

Há que proceder os jurados simplesmente como cidadãos, sem pretensão de agirem como juristas, pois, se bastasse a atitude técnica e academicamente amestrada do jurista, não teria razão de ser a figura do jurado no Direito.

A vantagem de não ter passado por uma faculdade de Direito é estar despido de certos preconceitos que provavelmente se lhes seriam inculpidos, e que, se lhes dariam certa confiança para compreender o rito e os conceitos manejados, para compreendê-los racionalmente, pela outra mão os afastariam do que de fato é julgar alguém pela espontaneidade do que se é.

É por não fazer ideia do que seja o Direito Penal do fato que eles não titubearão, tropeçando em fórmulas artificiais, em olhar para o autor.

O Júri respeita, mas ultrapassa, as querelas insolúveis da doutrina e da jurisprudência, penetrando a substância das contingências e vicissitudes pessoais, dos melindres gerais. O contraditório, ali, deve superar a cabotagem exegética e evitar o escafandro dogmático, procurando, no alto mar das paixões, das necessidades, dos preconceitos, o farol do bom senso. (LYRA, 2018)

Importa ressaltar que isso não é excesso de romantismo de alguns entusiastas do Júri, que defendem que a consciência deve prevalecer à norma positivada, mas este será o próprio compromisso feito pelos jurados na forma da lei, como o é no Direito brasileiro:

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo (BRASIL, 1941).

Não é com base na letra da lei, mas na consciência e na justiça, que deve o réu ser julgado.

Como diz Ezilda Melo, em passagem que já colacionamos aqui, julgar alguém é “perceber a criatura humana por trás da máscara social da *persona*” (MELO, 2016, p. 80), e os jurados têm a liberdade para isso, resta-lhes ter a boa vontade.

É certo julgar criminalmente alguém por circunstâncias alheias ao fato sem que esse tenha praticado crime é uma abominação, por isso o presente tópico ocupa-se de ocasiões em que se tenha provada a autoria do crime em desfavor do acusado, quando, só então, se poderá adentrar ao julgamento do caráter. Portanto ao jurado cabe também, sem dúvidas, indagar-se sobre se está convencido da ocorrência do crime, antes de qualquer outra consideração sobre a pertinência da pena.

Retomando a Nietzsche (2015), deve-se conceber que quanto mais forte de espírito e distante de ressentimento for o indivíduo e quanto mais poderosa for a sociedade, crescerá o altivo sentimento da graça, e se reconhecerá que o valor do sujeito transcende a culpa que os outros lhe imputam, devendo ser afastado de seu ato, para a própria proteção do infrator:

sobretudo a vontade cada vez mais firme de considerar toda infração *resgatável* de algum modo, e assim *isolar*, ao menos em certa medida, o criminoso de seu ato – estes são os traços que marcam cada vez mais nitidamente a evolução posterior do direito penal. (NIETZSCHE, 2009a, p. 56)

E é a partir deste exercício de afastamento, inviável pela cognição estritamente jurídica, que se manifesta a naturalidade do pensamento, já que a “compreensão humana é sempre, tendencialmente, simpatética” (FERRAJOLI, 2014, p. 156), implica empatia, e, com isso, a possibilidade de graça.

Julgando o autor a partir dos ditames de sua consciência e da justiça, o jurado pode fazer operar a graça a partir do nobilíssimo sentimento de piedade, o qual, quando vertente, conduz à natural e mais honrosa justiça:

Piedade é um sentimento natural da alma que provamos quando vemos pessoas que sofrem ou se encontram na miséria. Não é verdade que a piedade deva sua origem à reflexão de que estamos todos sujeitos aos mesmos acidentes, porque se trata de uma paixão que as crianças e as pessoas incapazes de refletir sobre seu estado ou sobre o porvir sentem com a maior vivacidade. Por essa razão, as ações nobres e misericordiosas são devidas muito menos à filosofia do que à bondade do coração. Nada faz tanta honra à humanidade quanto esse generoso sentimento; de todos os movimentos da alma, é o mais suave e o mais delicioso em seus efeitos, tudo o que a eloquência tem de mais terno e de mais tocante deve ser empregado para comovê-la (JAUCOURT *in* DIDEROT E D' ALEMBERT, 2015. p. 141).

A piedade, longe de ser avessa ao Tribunal Popular, é sua companheira de longa data, como resta registrado em peças quais o seguinte trecho de um discurso de defesa de Enrico Ferri, na Itália:

O vosso *verdictum* dirá que, nesses fatos, mais do que a abjeção má e perversa, teve intervenção a desventura e a dor. Julgo que sentireis, realmente, no vosso coração nobre e honesto, aquela palpitação de humana piedade, que o grande artista Leonardo Bistolfi modelou na sua última e genial criação escultória (FERRI, 2004, p 137).

O Conselho de Sentença, por exemplo, pode reconhecer e valorar o arrependimento do réu e a guinada de vida como sinal de desnecessidade da imposição da pena, por considerar aquilo que representa o real arrependimento, ao que cabe a reflexão:

O arrependimento não é outra coisa que uma condenação de si mesmo, e a penitência uma espontânea expiração. Arrepende-se quem reconhece o seu pecado, e o reconhecimento ou constatação do mesmo é a condenação; mas tal reconhecimento, para ser verdadeiro, implica uma realizada inversão da alma do culpado, o qual, voltando sobre o seu ato, se julga, se envergonha, e se castiga; o castigo não se esgota no instante do juízo, mas se arrasa, às vezes, quando feito é grave, por toda a vida. Esta inversão da alma, na que o arrependimento consiste, ajuda, dizia, a compreender a regressão, que elimina o pecado e o delito: a verdade é que a alma, à diferença do corpo, pode remontar o problema do tempo (CARNELUTTI, 2015, p 60-61).

O Direito Penal se ocupa, em regra, das condutas mais graves e antissociais que podem ser praticadas (BITTENCOURT *et* CONDE, 2013); portanto, não é raro que alguém que cometeu o ato veja-se, posteriormente, em autêntica angústia e arrependimento. Neste caso, será necessário, pela necessidade de atendimento aos ditames da justiça, avaliar, intimamente, a verdade do arrependimento, para que se afira se, no caso, seria uma absolvição ou uma mitigação da pena medidas adequadas:

À luz desta verdade se ilumina o sacramento, cuja doçura pode compreender somente quem se acerque dele verdadeiramente arrependido; um juiz, então,

é muito menos confessor do que o confessado, o qual recebe muito menos reclamações do que conforto; e absolvição, poderia dizer um jurista, tem eficácia mais declarativa que constitutiva enquanto não faz mais que constatar que naquela, dor, o culpado readquiriu a liberdade. A absolvição, não por si, mas enquanto constata o arrependimento, cancela o pecado; e nisto está o milagre do espírito, que se encontra fora do tempo, de maneira que para ele não existem nem o passado nem o futuro (CARNELUTTI, 2015, p 61).

Francesco Carnelutti, na citação supra, afirma que o arrependimento cancela o pecado. Ora, decerto isso não significa que está cancelado o desvalor da conduta, pois permanece ilícita e, *a priori*, moralmente maléfica. Todavia, quer-se dizer que este desvalor não mais se impregna no autor, tendo sido por ele superado; é justamente o afastar o criminoso de seu ato (NIETZSCHE, 2009a). O pecado está cancelado porque o pecador não mais por ele deve ser punido.

Esta lógica, aplicada à teologia cristã (AQUINO, 2016), não deve ser afastada do Direito, pois baseia-se na justiça e na moral, devendo estes ser o alvo do jurista quando da aplicação do Direito³³.

Louis de Jacourt, que postulava a existência de leis naturais, estabeleceu três princípios das leis naturais, a saber a religião, o amor de si e a sociabilidade, a qual também se referiu como benevolência para com os outros homens, tendo tratado como jurisprudência natural a arte de explicar as leis naturais e aplicá-las (JAUCOURT *in* DIDEROT E D'ALEMBERT, 2015). Nesta perspectiva, quando absolve alguém por equidade, mesmo quando constatado o crime, aplica-se a lei natural de benevolência.

O ato de benevolência e a observância da justiça impõem ainda, além da piedade, como a devida para o arrependimento, o julgamento da conveniência da pena, considerada a personalidade do acusado. É preciso, pois, julgar o seu caráter, sendo este inacessível pela estreita análise da vida de alguém baseada num único fato. Fato este, aliás, que de tamanha excepcionalidade levou-o ao processo criminal e ao julgamento.

³³ “Se agora alguém dissesse que tudo isto vale no plano religioso ou, ao menos, no plano moral, mas não no plano do Direito, cometeria o erro de não perceber que o problema da pena é, antes de mais nada, um problema moral: todo o Direito, mas o Direito Penal em primeira linha, é um meio para reduzir, à moral, a conduta dos homens. Este é um fim que, infelizmente, só imperfeitamente se pode alcançar; mas o dever dos juristas é o de dedicar-se a que se aproxime cada vez mais” (CARNELUTTI, 2015, p 61-62).

4.6.3. O Tribunal Popular e a discriminação.

Foi realizada na comarca de Recife, capital do Estado de Pernambuco, no Brasil, em 1997, pesquisa sobre o perfil e o padrão de decisão dos jurados que atuavam junto ao Tribunal do Júri, buscando desvendar as suas predisposições individuais, dividindo os jurados em categorias de sexo, idade e número de sessões no Júri. Nesta empreitada, a pesquisa trabalhou sobre certos elementos que poderiam influir no resultado do julgamento, tendo-se constatado que

Dentre todas as variáveis pesquisadas, aquela que parece exercer uma maior influência em favor da absolvição é a primariedade do acusado. Quanto a isso, não foram encontradas diferenças expressivas por sexo. Ser primário e de bons antecedentes traz em seu bojo, por conseguinte, o involuntarismo, a fatalidade, a casualidade do homicídio ocorrido. Tudo se passa como se todos possuíssem o direito de errar uma vez, de ter uma oportunidade. Respaldados, provavelmente, na definição de acusado primário e de bons antecedentes do Código Penal brasileiro, os jurados tendem, uníssonos, a perdoar o acusado, como que fechando os olhos para o ato, em decorrência das características positivas do autor (VAINSENER, 1997, p. 20-21).

Deste modo, enquanto fatores como maus antecedentes e reincidência pesam de sobremaneira em favor da condenação (VAINSENER, 1997), um réu primário e sem maus antecedentes terá a chance de ser reconhecido como um ser humano que não ostenta conduta antissocial; que errou, como qualquer um poderia; que houve uma fatalidade; que foi um fato eventual, único. O Júri, tratando-se de acusado que não possui um histórico de criminalidade, não julga necessária ou benéfica à sociedade a punição.

O júri leigo também leva em consideração a consequência do crime, inclusive quem era a pessoa da vítima. Estatisticamente, por exemplo, recente pesquisa apontou o fato de que as condenações nos casos em que a vítima era do sexo feminino são mais frequentes do que quando a vítima é do sexo masculino (BRASIL, 2017).

Além disso, não raro, valora-se a vítima quanto à sua sociabilidade, sua atuação, seu caráter e fama, o que influencia de sobremaneira a decisão dos jurados:

É preciso que se diga: o júri, ao julgar, faz um balanço prévio do caráter do réu e da vítima. Se, por exemplo, trata-se a vítima de um parasita social, um mau elemento, cuja morte resultou em verdadeira profilaxia social, o júri aceita com facilidade a tese de defesa, ainda que um tanto forçada. Em caso oposto, tratando-se de cidadão prestante, que desfalcou a sociedade com sua morte, o jurado, com o espírito preconcebido contra a pessoa do réu, vai rejeitando um a um, no subconsciente, os argumentos apresentados pelo

defensor, antes mesmo de sopesá-lo no plano lógico (COSTA JR., 2006, p. 43).

No caso que rendeu ao advogado Paulo José da Costa Jr. a reflexão supra conta-se que:

O réu alegou que a vítima pôs um seu filho menor a perder, viciando-o em drogas e desviando-o do bom caminho. Tentou debalde afastar o menor da vítima, sem consegui-lo. Desentendeu-se de vez com ela, vindo a matá-la com o canivete que portava (COSTA JR., 2006, p. 42).

Como se pode imaginar pela linha expositiva que aqui se faz, o veredito unânime do Tribunal do Júri foi pela absolvição (COSTA JR., 2006, p. 43). Com isto não se opera a legitimação abstrata da vingança, mas se concebe uma jurisdição que considera a gravidade e a complexidade dos fatos para deliberar sobre a necessidade aplicação da pena sobre uma pessoa específica, com seus dilemas, suas aporias.

Mas é verdade que, julgado que a vítima era um mal social, os jurados tendem a ser mais simpáticos aos argumentos defensivos, a julgar que crime não causou desestabilização da paz pública a ser reparada, sendo despicienda a imposição de pena.

Um magistrado togado jamais manifestaria tal fundamento numa decisão sem que, para além de tê-la reformada por superior instância, sofresse forte resposta das mídias, que, para o bem da audiência, tentarão incitar comoção e perplexidade em cima do “desumano juiz”, que hierarquiza cidadãos em graus de importância e escolhe quem merece morrer ou viver, quais vidas importam, etc. E vale dizer: tal comoção não seria sem razão, pois uma coisa é a própria comunidade – pelo sorteio do Conselho de Sentença – proceder a um julgamento desse tipo, outra é um magistrado fazê-lo.

O Conselho de Sentença não passa por este constrangimento, e julga a observar quais as implicações do fato e dos possíveis vereditos para a sociedade, pelo entendimento de que no caso há ou não perturbação à paz pública a ser reparada (ESER *in* CHOUKR *et* AMBOS, 2002), sendo, portanto, como acertadamente asseverou Ruy Barbosa, uma instituição política: “não é o Júri unicamente uma instituição jurídica: é uma criação política de suprema importância no governo constitucional” (BARBOSA, 1950, p. 7).

Além de sopesar a afetação da paz pública e o perfil da vítima, os jurados ainda podem levar em consideração um outro fator, que lhes conclama muito mais à sensibilidade para com a consciência e a justiça: o caráter do réu.

Faz sentido encarcerar um homem bom? Afastá-lo da sociedade? Estigmatizá-lo, conspurcando uma reputação da qual não se duvidava, mas que doravante estará encoberta sob a capa de condenado? Eis algumas questões que devem ser postas à reflexão do Júri quando da deliberação.

Deve-se, todavia, pontuar, para que estes dizeres não soem segregacionistas ou incitadores de uma seletividade penal, que com o reconhecimento do bom caráter do réu, não se objetiva marginalizar uma parcela da população, relegada como os outros, ou inimigos (JAKOBS *et* MELIÁ, 2005); mas em reconhecer o valor que, individualmente, o sujeito conseguiu agregar à sua existência social ao longo de sua vida, independentemente da classe socioeconômica a que se circunscreva.

A força do caráter é valor individual e seu reconhecimento não se limita a questões de renda, origem ou qualquer coisa que remeta à ideia de castas, servindo como critério de julgamento não sem razão, pois, concordando com Nietzsche, quando se refere ao homem de responsabilidade, a quem é devido confiança, temor e reverência, porquanto ele mereça essas três coisas (NIETZSCHE, 2009^a, fl. 45), o que impõe a necessidade de olhar diferenciado sobre o caso.

O sujeito, à beira de seu destino, vê-se impotente a não mais poder, diante de sete, doze, quatorze ou “*n*” pessoas que decidirão sua sorte, sendo neste instante dever dos julgadores encará-lo como alguém detentor de dignidade, um ser humano, e, no contexto processual penal, um ente sagrado, pois *reus sacra res est*.

Conferindo-se a devida atenção à pessoa do réu, é plenamente possível, e mesmo justo, que se enxergue sua trajetória de vida e o julguem como alguém em quem preponderam virtudes ou vícios. É preciso, para isso, lançar juízo sobre a existência do sujeito como um todo, pois não se qualifica alguém por um único ato, mas pelo hábito que cultivou em sua vida:

Homem virtuoso é aquele que tem o hábito de agir em conformidade com as leis e com seus deveres. *Homem vicioso* é aquele que tem o hábito oposto. Assim, para bem julgar essas duas características, não devemos nos prender a algumas ações particulares e passageiras. É preciso considerar toda a sequência da vida e a conduta ordinária de um homem. Não colocaremos, portanto, na classe dos homens viciosos aqueles que, por fraqueza ou outra razão, se deixam levar algumas vezes a cometer alguma ação condenável. Estes também não merecem o título de homens virtuosos, ainda que em

certos casos particulares tenham praticado algum ato de virtude (JAUCOURT *in* DIDEROT E D' ALEMBERT, 2015. p. 178).

É perfeitamente possível que um homem virtuoso ou mulher virtuosa chegue ao extremo de praticar um crime, o que não significa que este marque o descalabro de sua virtude, mesmo porque, por indução, o que se extrai da experiência humana é justamente a falibilidade, de modo o julgamento do Conselho de Sentença, por conservar em si dimensão política, não deve ser alheio a este fato; ao contrário, deve considerá-lo parâmetro para a realização do veredito:

É tratar com indulgência e respeitar a natureza humana, revelar as faltas dos grandes homens, pois essa natureza não produz um original que possamos tomar como modelo completo de sabedoria e virtude. (JAUCOURT *in* DIDEROT E D' ALEMBERT, 2015. p. 179)

Esta indulgência e este respeito conduzirão o julgamento até o patamar do humano, até o patamar do perdão. Sim, o perdão; este que se acha na base moral fundante da civilização ocidental, cravado em passagens como Lucas (17:3): “Se o seu irmão pecar, repreenda-o e, se ele se arrepender, perdoe-lhe”; ou Efésios (4:32): “sejam bondosos e compassivos um com os outros, perdando-se mutuamente (...)”; ou pela recomendação de Cristo a Pedro, narrada em Mateus (18:22), de se perdoar não até sete vezes, mas até setenta vezes sete vezes” (A BIBLIA, 1986).

Não se pode desqualificar o exercício do perdão como se ele fosse uma ferramenta de impunidade (com toda a acepção negativa do termo), um favor aos delinquentes, pois, ainda que não se acredite que o perdão é o desdobramento da lei natural (JAUCOURT *in* DIDEROT E D' ALEMBERT, 2015), não há dúvidas quanto ao seu componente cultural e sua importância no edifício moral que sustenta as civilizações ocidentais, de sorte que não deve ser evitado, mas antes encorajado, no que se refere à decisão dos jurados.

Ademais, o verdadeiro perdão, além de denotar, em regra, firmeza de caráter, é também indicativo da boa compreensão do caso posto, pois como indica Luigi Ferrajoli:

Uma compreensão perfeita, que chega a penetrar por completo todas as conotações e os condicionamentos singulares – psicológicos, materiais e sociais – do caso específico, comportaria talvez, em muitos casos, a absolvição, conforme o princípio *tout comprendre est tout pardonner*. (FERRAJOLI, 2014, p. 157)

Em tradução livre, “tudo compreender é tudo perdoar”. O que é compreendido tende a ser perdoado, seja pelo exercício da empatia, seja pela consciência da falibilidade humana,

diante da qual opta-se, mirando a justiça, pelo julgamento do caráter antes de uma condenação por um fato isolado e que não traduz toda uma existência.

A virtude do Júri reside, pois, na possibilidade de compreensão mais abrangente do caso e na possibilidade de se resolver a questão por esta compreensão, ultrapassando-se a constatação da materialidade e autoria delitivas, condenando-se o réu, se assim entender conforme à justiça, ou absolvendo-o, por graça, piedade ou perdão, ou mitigando a pena, a fim de ajustá-la à necessidade e conveniência concretas da demanda.

Todavia, a liberdade discriminatória não há de ser absoluta, pois a discriminação referida neste tópico é referente a dilemas éticos compatíveis à *democracia da complexidade*, de modo que, como já referido, é importante criar mecanismos para mitigar a chance de perversão da graça democrática pela ocorrência de preconceitos odiosos, o que pode se dar, inclusive, pelas possibilidades aventadas no item 2.7.

O Tribunal Popular deve reconhecer a existência de discriminações perversas para combatê-las ou para refletir sobre suas consequências na vida do arguido, a enxergar a problemática ética que com isso se impõe – como pela noção de responsabilidade coletiva –, jamais para afirmá-las!

Nota-se, portanto, o esforço em conservar da íntima convicção dos jurados aquilo que ela pode oferecer de potente, de ético, mas seus vícios não devem conspurcar a jurisdição penal, e por isso devem ser afastadas as hipóteses de motivações antiéticas para a graça democrática, bem como não se deve conceber uma condenação determinada por um Conselho de Sentença, pois os valores inerentes à *democracia da complexidade* reclamar o controle epistemológico do poder punitivo como imperativo ético, de sorte que todo ato sancionador deve conter uma fundamentação passível de controle cognitivo.

4.7. BREVE SÍNTESE DAS VIRTUDES DO JÚRI.

Este Capítulo buscou tratar daquilo que se chamou de a virtude do Tribunal do Júri, que vem a ser a legitimação democrática e a possibilidade do julgamento pela equidade, podendo-se avaliar, mesmo ante a clara autoria delitiva, a necessidade e conveniência da

imposição de pena ao acusado, em juízo tipicamente ético-político, havendo espaço para a piedade, bem que “excita o homem a dar e a perdoar” (LÚLIO, 2007, p. 91), podendo-se, por isso mesmo, considerar o Tribunal do Júri uma escola de cidadania (VIVEIROS, 2003).

Neste prisma, é lícito para fins de se alcançar justiça avaliar o caráter do réu, ou fatores sociais/culturais concretos, e proceder, caso possível e recomendado pelos ditames da consciência e da justiça, pelas vias do perdão, da graça, da clemência, da piedade, ou de qualquer outra forma de aplicação da justiça humana, e não meramente silogística, no caso concreto.

Tratou-se também da teoria garantista, a qual pugna pela promoção de um sistema, também chamado sistema de cognição, em que os atos e decisões judiciais são passíveis de controle de fundamentação, bem como a submissão do Direito Penal/Processual Penal à observância de certos axiomas fundamentais que limitam o poder punitivo, sendo, portanto, de essencial apreço em um Estado de Direito, pela proteção conferida ao indivíduo contra o poder estatal.

Tendo em isso em vista, buscou-se reconhecer o que no rito do Tribunal do Júri possuía matizes de garantia e o que a eles seria antitético. Neste escopo, entendeu-se que a possibilidade de absolvição pelo Conselho de Sentença por critérios que ultrapassam aqueles o Direito positivo afigura-se, insofismavelmente, como uma garantia, um efetivo filtro de natureza humanística e ético-política do poder punitivo, combinado bem com as nuances de um Estado de Direito, que não deve se limitar a sistema de meros silogismos legais, mas, ao contrário, ser abertos a formas de julgar que tragam consigo, sem prejuízo às garantias racionalistas, a potência do julgar conforme à consciência e à justiça.

Em pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, coletou-se dados sobre processos do Tribunal do Júri em sete Estados da Federação, pelos quais atestou-se que “São altos os percentuais de condenação em comparação com os de absolvição e de extinção de punibilidade” (BRASIL, 2017, p. 10).

Ainda sobre isto, que só ganha este destaque por ser objeto de ataque dos detratores da Corte Popular, convém, pela clareza e efusão, destacar as palavras de Roberto Lyra no prefácio do livro “O Júri sob todos os seus aspectos”:

O Júri não é, como demonstrou Rui Barbosa, uma instituição em declínio. Ao contrário, os grandes juízes de ofício procuram julgar como jurados, quando apreciam os dramas das doenças, das privações, dos preceitos. *Garofalo* repetiu a mais vulgar das interpretações: o Júri é instrumento de impunidade. O fenômeno é geral: a benignidade da justiça, que levou o autoritarismo a recorrer a júris e tribunais especiais, isto é, para condenar. A justiça duvida. E tem razão, porque constrangida a colher restos à beiramar, porque lhe falta a convicção da equidade. Consultem as estatísticas. Os números de absolvições pelos juízes-hobbes togados são, relativamente, maiores. Os “escândalos” do Júri são, em regra, homologados pelos tribunais de apelação, quando não se conforma com eles o Ministério Público. E o provimento de apelações da defesa? E as revisões deferidas? E os indultos, as graças, as comutações? Verifiquem as cifras e apurações, isto, sim, os rigores do Júri... (BARBOSA, 1950, p. 12-13) – prefácio de Roberto Lyra –.

O outro lado, porém, mostrou-se problemático, qual seja, a possibilidade de condenação pelo Conselho de Sentença. Sendo a condenação um ato necessariamente vinculado à lei, a uma norma penal incriminadora que caiba no caso apresentado, sendo uma cognição técnica, jurídica, devendo ser realizada por quem detém conhecimentos específicos na área.

Ademais, diferentemente da hipótese de absolvição não fundamentada, a condenação sem fundamentação não pode ser considerada uma garantia fundamental do indivíduo, pois, longe de limitar o poder punitivo em favor da concretização de um direito individual (o que seria próprio de uma garantia), expande este poder punitivo a um patamar que não se observa em nenhuma outra parte do sistema jurídico, retirando, na verdade, os limites existentes à prática do *ius puniendi*, e isto a pretexto de ser uma garantia.

Deste modo, enquanto deve ser preservada a possibilidade de veredito absolutório não fundamentado, por alinhado à *mens legis* constitucional, deve ser extirpado do rito a possibilidade de veredito condenatório, sem que isto represente violação à soberania, visto que “a soberania do Júri deve ser entendida como a impossibilidade de os Juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa” (PORTO, 1996, p. 46), o que só vale, por óbvio, no exato alcance do que se considera como garantia no julgamento pelo Júri, pois é lá que o juiz togado não poderá interferir, pois é lá, e somente lá, em que se verá um verdadeiro, um autêntico Tribunal Popular.

Assim, a solução apresentada é que mantenha-se a possibilidade de veredito absolutório pelo Conselho de Sentença, mas que, do contrário, o órgão delibere tão somente

não absolver (jamais condenar), de modo que caberá ao juiz togado julgar o *meritum causae*, como *judicium accusationis*, e proferir sentença, limitado a todos os direitos e garantias inerentes à atividade jurisdicional, de modo que, com isso, nenhum ditame constitucional seria maculado, passando, então, o Júri a ser não só uma garantia, como devido, mas o órgão com maior possibilidade de concretização da justiça de todo o Poder Judiciário.

“O Júri não está instalado nas torres altas do templo da Justiça, mas na sua nave de onde se escuta o tumultuar do mundo e o crepitar das paixões humanas.” (Nélson Hungria, 2018), cabendo aos juristas de então buscar preservar as virtudes decorrentes desta posição privilegiada e *sui generis* do instituto, compatibilizando-o com o sistema de garantias devido a todo estado de Direito.

5. O CONTROLE EPISTEMOLÓGICO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA COMO EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA.

A complexidade abarcada pelo *judicium causae* implica que o arbítrio de impunidade se dê a partir da íntima convicção dos jurados, o que não fere direitos ou garantias do arguido, eis que tal juízo não lhe pode agravar a situação. No máximo, não haveria a concessão da graça democrática, seja para absolver ou para mitigar a pena.

Ocorre que o julgamento do magistrado não comporta tal modalidade de deliberação, e por essa razão o rito do Tribunal Popular precisa contemplar a possibilidade de um controle cognitivo da sua decisão, para aferir, no cotejo com os elementos de prova, valorados conforme os *standards* probatórios exigidos, a presença dos requisitos de validade, como coerência, completude e plausibilidade.³⁴

Com efeito, é uma exigência ética da *democracia da complexidade* que haja uma racionalização adequada da pretensão acusatória. Neste contexto, o garantismo (ou teoria garantista, ou teoria do sistema cognitivo) é um sistema que se propõe a garantir essa razoabilidade, por isso o tomo como base, sem prejuízo de que outro paradigma racional se imponha, caso supra mais adequadamente a demanda de racionalidade.

Pela adoção de um sistema cognitivo suficiente, opera-se a forclusão³⁵ da ética na jurisdição penal; ela não precisa se manifestar de forma popular, comunal, por cidadãos não magistrados... a própria aplicação desse sistema se traduz como democrático, em certa medida, pois é o que resguarda, em última instância, o núcleo ético das diretrizes de proteção da dignidade humana.

³⁴ Há quem entenda que a absolvição fruto de um veredito não fundamentado seria uma violação aos Direitos Humanos, ou uma transgressão ao que certos escritores no Brasil têm chamado de “garantismo integral”, *verbi gratia* FISCHER (2017) ou MAGALHÃES (2010). Porém, este não é um ponto fulcral nesta pesquisa, além do que o assim chamado “garantismo integral” jamais foi reconhecido como uma derivação idônea da Teoria Garantista por seus adeptos, de modo que não parece de grande valia envidar uma polêmica a respeito, bem como se pode encontrar em Capítulos anteriores, ou mesmo neste, razões que diferenciam qualitativamente o *decisum* absolutório do condenatório.

³⁵ “*Forclusão*”, do francês “*forclusion*”, como algo “incluído fora”, conceito trabalhado por Jacques Lacan (2010). Trazido ao presente tema, nega-se a ética (se não completamente, ao menos em grande parte) enquanto campo ou matéria de discussão admissível dentro dos domínios do sistema cognitivo, ao mesmo tempo em que a própria existência do sistema cognitivo afirma a ética; portanto, o exílio de um significante fundador.

Assim como as regras legais precisam ser corretamente interpretadas e consignadas na fundamentação de uma condenação, do mesmo modo há que haver a análise heterointegrativa³⁶ das medidas de prova quando da decisão, como ferramenta de controle dos juízos de fato (KNIJNIK, 2021). É que se chama por *standards of proof*, e que demanda a devida observância, bem como significativa capacidade técnico-argumentativa, a fim de caracterizar que uma prova satisfaz o critério idôneo, sob pena de uma decisão não se reputar fundamentada.

É difícil que haja disciplina legal exauriente sobre as medidas de prova (DAMASKA, 2003, fl. 117), entretanto, mesmo que não seja assim, a fundamentação, com a descrição do argumento, permite a discussão sobre a suficiência do conteúdo enquanto prova – inclusive com base em doutrina e jurisprudência –, o que viabiliza, ao menos em tese, o controle cognitivo também da validade dos argumentos no que toca a juízos de fato, o que, tal como os argumentos jurídicos em sentido estrito, tem grande importância para a aplicação do Direito.

Com efeito, um importante *standard* carece de especial atenção, por ser aquele considerado ético para aplicação de uma sanção penal (aliado a outros, mais específicos): o *proof beyond a reasonable doubt* (fato provado para além de dúvida razoável). Quantitativamente, segundo a análise dos entusiastas da analogia dos graus de certeza a modelos probabilísticos, a probabilidade não poderia ser inferior a 90% (MENDES, 2020, p.26).

³⁶ Esse aspecto é abordado por Danilo Kijnik, que destaca a complexidade de sua aplicação, com toda a abertura e polissemia próprias dos juízos fáticos: “Os modelos vocacionados ao controle do juízo fático, porque assimilados a paradigmas ou standards, operam semelhantemente aos princípios jurídicos, envolvendo, pois, abertura, polissemia, alta flexibilidade. Os standards “não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas ‘móveis’, que têm de ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’, e que têm que ser permanentemente concretizadas ao aplicá-las no caso a julgar. O standard é, segundo STRACHE, decerto um tipo real, mas é, ao mesmo tempo, sempre um tipo ideal axiológico. Isto não, certamente, no sentido de um tipo de totalidade ou tipo configurativo, mas de um tipo de freqüência ou tipo médio, que é elevado à norma”[...]. Portanto, todos os standards, paradigmas ou modelos de constatação, sob pena de destruir-se a si próprios, são abertos. Deles não se podem esperar soluções lógico-dedutivas. A regra que eles encerram “deve, assim, ser hetero-integradas, ou seja, completadas com base em critérios meta-jurídicos que, segundo o lugar comum tradicional, existem na sociedade”[...]” (KIJNIK, 2021).

Com efeito, não é ético afastar garantias e direitos fundamentais a pretexto de viabilizar juízos éticos contra o arguido. A racionalidade e as convenções de exigência probatória devem prevalecer, pois os *standards* de prova e as demais garantias processuais são importantes conquistas éticas, cuja salvaguarda é confiada aos magistrados de carreira.

São juízos diferentes: um, da ocorrência do fato e de seu enquadramento jurídico (o que comporta uma apreciação técnico-metodológica), e o outro, da aplicação da pena, que é uma medida política para repreensão do agente do fato criminoso (o que comporta um juízo de adequação que é político, que não é um dizer técnico sobre um ato, mas um novo ato, com sérios impactos na vida dos envolvidos e da própria comunidade).

Com ênfase no primeiro tipo (o julgamento técnico-jurídico), procedamos a algumas considerações sobre o garantismo penal, do escritor italiano Luigi Ferrajoli, para contrastar a deontologia contida em sua obra com a realidade (nas dimensões normativa e prática) do Tribunal do Júri brasileiro atual (a título de exemplo, dada a possibilidade de absolver mesmo quando verificada a materialidade e a autoria delitivas), no qual não há a devida complexificação do rito, e a íntima convicção invade o campo da condenação, a extirpar o controle epistemológico.

5.1 O CONTROLE PROCESSUAL PELA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA.

O jurista Luigi Ferrajoli notabilizou-se por ser o grande teórico do garantismo penal, sobretudo através de sua *opera magna*, o livro “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”. Nele, o autor consigna expressamente suas pretensões para com a teoria:

Este livro deseja contribuir com a reflexão sobre a crise de legitimidade que assola os hodiernos sistemas penais, e em particular o italiano, com respeito aos seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos.

Ainda que incorporados a todas as constituições evoluídas estes vínculos são largamente violados pelas leis ordinárias, e mais ainda pelas práticas nada liberais por elas alimentadas (FERRAJOLI, 2014, p. 15).

O autor nota que a prática das instituições penais se distancia dos valores iluministas que inspiram o discurso legitimador do sistema. Desta forma, o garantismo, enquanto epistemologia, faz uma análise a contrapelo das práticas estatais, com vistas a efetivar os seus

valores legitimadores, de modo que o cerne da observação são os limites do poder exercido pelo Estado – tanto que pode ser ferramenta de análise para diferentes campos do Direito –, notadamente o *potestas puniendi*, encarado como essencialmente brutal e que, por isso mesmo, há que se cercar de contornos claros que lhe confirmem alguma legitimidade.³⁷

O controle e a cautela na operação desse poder devastador precisam ser circunscritos na seara da semântica, da lógica, da univocidade conceitual, como forma de possibilitar uma análise cognitiva da operação, para se poder aferir o acerto de sua justificativa, sob pena de incorrer em autoritarismo, em despotismo irracional (FERRAJOLI, 2004).

Com efeito, tudo isso só pode ser instrumentalizado a partir da fundamentação racional, aqui compreendido como condição para a legitimação do poder punitivo sob o prisma ético-político. Ou seja, não há choque com a ideia de uma graça democrática não fundamentada racionalmente, pois esta consiste em uma renúncia ao poder punitivo, não em exercício deste. Assim, tratando-se de ato de caráter punitivo, é imprescindível que o Poder Judiciário o prolate de modo a ser passível de controle cognitivo:

Tal fundamento *cognitivo*, que como veremos é um traço constitutivo do garantismo penal, exige uma específica tecnologia legal e judiciária: antes de tudo que a definição legislativa do desvio punível seja operada com referência a fatos empíricos exatamente indicados, e não a valores; em segundo lugar, que sua apuração jurisdicional, ocorra através de afirmações sujeitas a verificações da acusação e expostas à contradição da defesa, e não através de opções ou valorações como tais verificáveis ou não. Sobre estes aspectos, o modelo penal garantista equivale a um sistema de minimização do poder e de maximização do saber judiciário, enquanto condiciona a validade das decisões à verdade, empírica e logicamente controlável, das suas motivações (FERRAJOLI, 2014, p. 16).

A partir disso, poderá o intérprete avaliar a coerência lógica da decisão, bem como a forma como esta se integra no sistema normativo, de forma hermenêutica, com análise dos critérios de interpretação, como o hierárquico, o de especialidade, o temporal, entre outros (FERRAJOLI, 2004).

³⁷ Diz Ferrajoli: “Acrescenta-se que o direito geral, porquanto circundado por limites e garantias, conserva sempre uma intrínseca brutalidade que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e política. A pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é propagada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário indivíduo” (FERRAJOLI, 2014, p. 15).

O esforço de racionalização imposto pela epistemologia garantista parece adequado às exigências do Estado de Direito, sendo sua inspiração – e também aspiração – antitotalitária um fato patente (FERRAJOLI, 2015), o que se dá pela submissão do Estado-Juiz a critérios que mitigarão a possibilidade de aplicação irracional da sanção penal.

Para isso, Ferrajoli (2014) elenca 10 axiomas a partir dos quais constrói toda a cadeia ideológica, valendo-se dele para traçar teoremas mais complexos e variadas inferências, surgidas tão somente pelo uso da lógica, pela técnica do silogismo. Ou seja, fora da discricionariedade do operador.

Assim, o autor desenvolve método geral pelo qual cada intérprete, buscando uma guarida, recorrerá ao sistema garantista para averiguar se é possível extrair, por meio de silogismo, norma que condene ou legitime alguma prática ou norma:

Os *axiomas garantistas* – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionadas e os termos posteriores – não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa (FERRAJOLI, 2014, p. 90).

Com isso, o sistema garantista, enquanto emaranhado de proposições lógicas derivadas de axiomas fundantes, permanece sempre em construção, respondendo às demandas de cada sociedade, de cada Direito.

Cumprido, pois, apresentar aqui os referidos axiomas:

Denomino garantista, *cognitivo* ou de *legalidade* estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas:

A1 *Nulla poena sine crime*

A2 *Nullum crimen sine lege*

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*

A4 *Nulla necessitas ne injuria*

A5 *Nulla injuria sine actione*

A6 *Nulla action sine culpa*

A7 *Nulla culpa sine iudicio*

A8 Nullum iudicium sine accusatione

A9 Nulla accusatione sine probatione

A10 Nulla probatio sine defensione (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Em português: A1 não há pena sem crime; A2 não há crime sem lei; A3 não há lei sem necessidade; A4 não há necessidade sem ofensa; A5 não há ofensa sem conduta; A6 não há conduta sem culpa; A7 não há culpa sem processo; A8 não há processo sem acusação; A9 não há acusação sem prova; A10 não há prova sem defesa (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Explica o autor que tais axiomas são tributários de correntes jusnaturalistas nos séculos XVII e XVIII, que concebiam tais noções de limitação do poder penal “absoluto” como princípios naturais, políticos e/ou até morais (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Como o próprio Ferrajoli (2014) afirma, o garantismo penal não impõe uma única forma de punir e processar o cidadão, mas submete o Estado à obediência destes 10 axiomas e de todas as proposições logicamente válidas que deles provenham.

Nesta senda, é nítida a emulação ao espírito iluminista da defesa do indivíduo em face do poder estatal, historicamente tendente ao autoritarismo, na ausência de limites claramente impostos. Uma forma notável de impor limites ao poder estatal consiste na ênfase ao cânone da legalidade e devido processo legal.³⁸

É possível notar que esse culto à razão foi criticado ao longo deste trabalho, enquanto elemento balizado da jurisdição, pois, como visto, ele barra (ou dificulta bastante) a avaliação de juízos éticos; mas há que considerar que ele é salutar como um freio ao poder punitivo, como uma espécie de blindagem.³⁹

³⁸ “Ver-se-á, de fato, que o modelo penal garantista, com sua estrutura empírica e cognitiva assegurada pelos princípios da estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade, foi concebido e justificado, pela filosofia jurídica iluminista como a técnica punitiva racionalmente mais idônea – como alternativa a modelos penais decisionistas e substancialistas, orientados pela cultura política autoritária – a maximizar a liberdade e a minimizar o arbítrio de acordo com três opções políticas de fundo: o valor primário associado à pessoa e aos seus “direitos naturais”, o utilitarismo jurídico e a separação laica entre direito e moral” (FERRAJOLI, 2014, p. 16).

³⁹ Além disso, por serem ferramentas lógicas não incriminadoras, os axiomas permitem que a análise seja sempre ordenada à aplicação racional, correta da pena, o que não nega particularidades do caso, mas, ao contrário, auxilia o intérprete a se manter no rumo da aplicação adequada do Direito enquanto procede à subsunção da norma ao fato: “ A aplicação da lei ao caso concreto é, na realidade, uma atividade cognitiva que requer, por sua vez, como duas condições necessárias e cada uma delas insuficientes, tanto a *verificação* quanto a *compreensão*. Ela é, ao mesmo tempo, *juris-dictio*, ou seja, verificação da correspondência, à lei, do fato provado e apreendido, e *juris-prudentia*,

Assim como a possibilidade de arbítrio de impunidade é pensada como uma blindagem ética contra condenações que contrariem o senso de justiça da comunidade, essa blindagem racional é uma medida ética *per se*, pois preserva a noção de dignidade, evocando o dever de demonstrar objetivamente a procedência de uma pretensão punitiva contra um cidadão, bem como o cumprimento de todas as formalidades condicionantes da pena.

Por isso o sistema garantista é também chamado de sistema cognitivo, sobretudo pela ênfase dada ao necessário manejo da lógica para aferir a validade das proposições em um processo, sendo a lógica uma arte fundamental – como já visto, integrante do *Trivium*, sendo uma das sete artes liberais (JOSEPH, 2008) –, pela qual as conclusões são aferidas como válidas ou inválidas a partir dos termos que compõem o argumento, os quais, por sua vez, são considerados dentro do sistema no qual se inserem. É algo complexo, de fato, pelo esforço técnico que pode demandar, pois há demandas que não são de fácil solução; entretanto, não se tem com isso a amplitude comportada pelo *judicium causae* efetuado pelos jurados. É uma complexidade interna, atravessada mais pela lógica o que pela ética.

A lógica, enquanto ciência ou arte, permeia – ou, ao menos, deveria – a todo ramo do saber que se pretenda coerente, e como este é um predicado tido como imprescindível à jurisdição pelo garantismo, os princípios lógicos são integrados como princípios do Direito:

Esto significa que los principios de la lógica y de la teoría son principios *del* derecho – *principia iuris* – pero no siempre, necesariamente, observados *en el* derecho, es decir, *principia in Iuri*. Son principios, em otras palabras, que imponem al derecho positivo la lógica que, de hecho, no tiene pero que, jurídicamente, debe tener (FERRAJOLI, 2008, p 135).

Isso resulta numa considerável limitação do poder punitivo, o qual, sem essa exigência de controle, tende à teleologia securitária de suspeição generalizada (SAMPAIO *et* ROTONDANO, 2015), que, levada a efeito, culmina em práticas que solapam os direitos fundamentais do indivíduo em favor de um desatinado discurso de combate à criminalidade:

A partir de uma perspectiva inquisitorial do processo, pretendia-se criar mecanismos de prestação jurisdicional que, em última análise, alcançassem um resultado dirigido a atender eminentemente os interesses do Estado. Sob esse enfoque, os direitos fundamentais eram alijados a um segundo plano, dando-se ênfase à atuação enérgica do Estado, na busca de uma resposta efetiva no combate à criminalidade (SILVA, 2002, p. 4).

ou seja, compreensão das conotações específicas do caso denotado e verificado” (FERRAJOLI, 2014, p. 156).

Ferrajoli, ao tratar das acepções dadas ao vocábulo “razão” em sua obra, assim destaca:

No terceiro sentido, normativo e jurídico, o termo “razão” designo, enfim, o tema – pertencente à *ciência penal*, ou seja, à teoria geral do direito e à dogmática penal de cada ordenamento – da *validade* ou coerência lógica interna de cada sistema penal positivo entre os seus princípios normativos superiores e as suas normas e as suas práticas inferiores. (FERRAJOLI, 2014, p. 16)

Sobre a questão, e referindo-se à obra de Luigi Ferrajoli, Lenio Streck aborda a necessidade de harmonia do sistema e de submissão de todas às normas a Constituição para que se conceba, autenticamente um modelo garantista, como o propugnado neste trabalho:

A partir dessa ótica garantista, explica Ferrajoli, o juiz está sujeito somente à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição: “A interpretação judicial da lei é sempre um Juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, (os significados que são) compatíveis com as normas substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos”. Fazer isso, segundo o mestre italiano, é fazer uma interpretação da lei conforme à Constituição, e quando a contradição é insanável, é dever do juiz (ou do Tribunal) declará-la inconstitucional. (STRECK, 2001, p.62)

Um sistema de cognição necessita que haja o esforço dos juristas, legisladores e operadores do Direito pela coerência e pela completude do ordenamento jurídico, este submetido a uma Constituição, de modo a caracterizar um Estado de Direito:

Precisamente, el paradigma del estado constitucional de derecho impone la coherencia y la completud de las leyes ordinárias respecto de las normas constitucionales: impone, em particular, la solución de las antinomias generadas por la existencia de normas que violan derechos de libertad, mediante su anulación jurisdiccional, y, por outra parte, la integración de las lagunas generadas por la inexistencia de normas que impongan las obligaciones de prestación correspondientes a los derechos sociales constitucionalmente establecidos, mediante la introducción de normas legales. (FERRAJOLI, 2008, p 135).

A observância desses imperativos de racionalidade torna esperado que aparentes antinomias e questões difíceis (disputadas, acerca dos critérios de tratamento e/ou da solução adequada) sejam debatidas no campo da interpretação jurídica, com uma linguagem comum (unívoca, tanto quanto possível); bem como que as normas infraconstitucionais sejam elaboradas de modo a efetivar comandos constitucionais (expressos ou implícitos), ou, ao menos, que não contrariem a Lei Maior, dado que tal contrariedade haverá de ser exposta no campo jurídico-interpretativo e as normas inconstitucionais haverão de ser afastadas.

Dito isto, resta patente que a lógica é o elemento de regência do sistema garantista, pois sem a estruturação silogística das proposições não se faria possível o controle racional da fundamentação; não seria viável cotejar o fato em apuração à norma jurídica que se pretende aplicável; tampouco seria possível a firmar a primazia de normas de esferas hierárquicas superiores em detrimento de normas inferiores. Ou seja, é inconcebível tratar como coerente ou completo um dado sistema senão por critérios presididos pela lógica, sendo esta, portanto, fundamental à segurança jurídica:

El próprio principio de no contradicción, que no puede no presidir los discursos sobre el derecho, no siendo necesariamente respetado em el derecho, es, respecto de él, normativo, en el sentido de que impone la eliminación de las antinomias entre normas de rango superior y normas d rango inferior, por ser violaciones de las primeras por parte de las segundas. Lo mismo puede decirse de la tesis teórica que enuncia la implicación entre derechos, cuyas garantías no hayan sido jurídicamente establecidas, dando lugar a lagunas que la dogmática tiene la función de poner de relieve para que sean colmadas (FERRAJOLI, 2008, p 135-136).

Como são várias as implicações decorrentes de se adotar o sistema garantista, é certo que alguns pontos podem não se cumprir:

Cada uma das implicações deonticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma *garantia jurídica* para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na sua ausência da qual *não* está permitido ou está proibido punir. (FERRAJOLI, 2014, p. 90)

Por conta disso, fala-se em graus do garantismo (FERRAJOLI, 2014, pg. 95), devendo um Estado de Direito almejar o modelo pleno de sistema garantista, sendo tal pretensão justamente a contida no presente trabalho, bem como a consideração de que toda essa complexidade normativa pressupõe a atuação de um magistrado técnico para enfrentar as questões eminentemente jurídicas, inalcançáveis a jurados leigos.

5.2. A NECESSIDADE DE CONFORMAÇÃO DO RITO DO TRIBUNAL POPULAR À CONDIÇÃO DE GARANTIA.

Como já esclarecido, não é o escopo do presente trabalho a análise de constitucionalidade do Júri brasileiro, porém, essa análise pode ajudar a compreender por que, enquanto a possibilidade e absolvição ou comutação por veredito popular não fundamento é

uma ampliação do âmbito ético na jurisdição penal; a condenação não fundamentada, e por um corpo não técnico, é uma violação ética contra o indivíduo, de modo que, ao destacar as vantagens do instituto, devo alertar para que não haja um endosso de seus males.

Com efeito, há uma peculiar situação de tensão, pois ao mesmo tempo em que o Tribunal do Júri é previsto na Constituição brasileira (assim como em outras Constituições), sua instrumentalização, na prática, inviabiliza a realização de normas também constantes da Lei Maior. Não é o propósito deste trabalho, evidentemente, pôr em questão a constitucionalidade do Tribunal do Júri, pela tese de inconstitucionalidade de certas normas constitucionais eventualmente dissonantes do conjunto do texto (BACHOF, 2009), mesmo porque a tônica da presente empreitada é a conveniência de um Tribunal Popular como elemento legitimador e complexificador da jurisdição penal; dessa forma, o que está em discussão é seu rito.

Portanto, trata-se de delimitar no rito do Tribunal do Júri brasileiro aspectos que o demonstram refratário à sua natureza de garantia e à própria *mens legis* constitucional, quando se trata de direitos e diretrizes básicas dos atos jurisdicionais, ao mesmo tempo em que não se coaduna com o intento de exclusão do Tribunal do Júri do Direito, ao que entendo atual e pertinente a advertência da “Águia de Haia”, Ruy Barbosa:

Sentido, senhores! Quando a Tribuna Popular cair, a parede mestra da Justiça é que irá ruir. Pela brecha hiante varará o tropel desatinado e os mais altos Tribunais vacilarão no trono de sua superioridade (BARBOSA *apud* PARADA NETO, 1988, p. 157).

Nesta mesma esteira, sustentava o jurista baiano: “acusam o Júri, porque absolve, e fazem pior: condenam o Júri “instintivamente” (BARBOSA, 1950, p. 12-13).

Com efeito, a importância do Tribunal do Júri na estrutura do Poder Judiciário e no regime de direitos e garantias fundamentais é tamanha, que sua exclusão precarizaria a jurisdição brasileira de sobremaneira, afastando-a do modo de julgamento mais humano, pelo qual não um Leviatã (HOBBS, 2015) que tudo predita genericamente, mas o homem deve julgar o homem, segundo a inspiração inglesa que deu forma ao instituto *ad simile* ao que temos hoje (NUCCI, 1999).

É com vistas a isso que ora se envidam esforços para enfrentar as antijuridicidades do seu rito, mesmo porque elevá-lo ao modelo de Tribunal Popular pensado a partir das

exigências da *democracia da complexidade* significaria também compatibilizá-lo à Constituição.

5.2.1. A negação do Júri como garantia: antijuridicidade.

Já se tratou neste trabalho sobre o que se poderia chamar de virtudes do Júri, de modo que no presente tópico cumpre tratar de alguns de seus vícios, sobretudo aqueles que afrontam a Constituição Federal de 1988 e que, por isso mesmo, devem ser extirpados do seu rito.

Como assevera Arthur Schopenhauer (2015, p. 8), *Nihil est sine ratione cur potius sit quam non sit* – nada é sem razão para ser ou não ser –, de sorte que tudo possui sua causa suficiente, sua causa final; e deste modo, há que ser considerada a escolha pela inclusão do Tribunal do Júri no rol de garantia de diferentes ordenamentos jurídicos⁴⁰, e o que disso pode decorrer.

Em detida reflexão sobre o tema, percebe-se que as inconveniências que descaracterizam a Tribuna Popular como um órgão de justiça (*lato sensu*) e conforme sua natureza constitucional possuem um denominador comum, qual seja, a possibilidade de condenação pelo Conselho de Sentença, como se verá adiante.

De fato, figurando-se o Tribunal Popular como uma garantia, deve-se admitir eventuais afastamentos de deveres gerais inerentes à jurisdição, como o caso da fundamentação, visto que da vontade da Constituição, desde que para efetivar a finalidade protetiva do Júri ao cidadão, dado ser ele um direito ou garantia do indivíduo, estando em vantagem relativamente ao dever de fundamentação por constituir cláusula pétreia, já que prevista no art. 60, §4º da Constituição Federal brasileira, não podendo ser abolido nem por vida de emenda constitucional (BRASIL, 1988).

Uma vez divorciada desta condição (de direito ou garantia), não se pode tolerar qualquer incongruência com os ditames constitucionais ou mesmo com os legais infraconstitucionais que implicam limites ao poder punitivo.

⁴⁰ Assim como a Constituição Federal brasileira, outras Constituições, como a dos Estados Unidos da América, em sua 6ª Emenda, e a Russa, em seu art. 20º, 2, elencam o Júri como garantia.

Ocorre que o rito dado ao Júri pelo Código de Processo Penal brasileiro o afasta da qualidade de garantia, e, a pretexto de encampar uma exceção constitucional, acaba por descumprir deveres gerais inerentes à jurisdição (mormente a penal/processual penal), de modo que os sub tópicos que se seguem possuem objetos que são intimamente ligados, possuindo uma concatenação lógica inafastável.

Deste modo, expressaremos agora, em apertada síntese, as razões da inconstitucionalidade do rito do Júri, antes de enfrentá-las em análise mais detida. Primeiro, destaca-se a raiz do problema, qual seja, o afastamento da condição de garantia fundamental, ante a possibilidade de condenação pelo Conselho de Sentença, o qual se compõe por cidadãos leigos em matéria jurídica e que não precisam fundamentar suas decisões. Isso mais do que basta para se ter distante a ideia do instituto como garantia.

O mesmo, há que se ver, não ocorre em caso de veredito absolutório, uma vez que, concorde-se ou não com sua justiça ou com seu acerto epistemológico-dogmático, não se pode afirmá-lo entranho à condição de direito ou garantia. Muito pelo contrário, é justamente um direito e uma garantia limitadora do poder punitivo a possibilidade do acusado ser absolvido caso os jurados entendam, por qualquer razão, descabida a aplicação da pena, não há como negar.

Como dito, não sendo materialmente uma garantia, o processo deve observar em seu procedimento todas as regras fundamentais atinentes à jurisdição em geral e em particular, no caso do Júri, valendo destacar como dignos de nota neste trabalho a exigência de fundamentação das decisões, a presunção de inocência e a plenitude de defesa.

Por fim, enxergando o atual rito como ofensivo à Constituição, deve ser reconhecida a derrota de sua normativa em homenagem à supremacia constitucional (MENDES, 2008), ao que tecerá algumas considerações sobre este delicado tema, cuja inobservância implica verdadeiro desprezo aos direitos conquistados mediante árduo sacrifício (HABIB, 1998).

Como já visto em tópico destinado à contextualização histórico-institucional do Tribunal do Júri, ele está previsto na Constituição dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, devendo, portanto, a lei que o disciplina estruturá-lo tal qual uma garantia, sob pena de, ao destoar da sua programação constitucional, volver-se o Júri ao que Ruy Barbosa chamaria, como fez no seu tempo em reação às ameaças à integridade constitucional da

Tribuna Popular, num “Júri bastardo”, ou noutro Tribunal que não o Júri (BARBOSA, 1950, p 50).

Reza a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição” (FRANÇA, 1789). Desta sentença se pode perceber a importância de existirem mecanismos que obriguem o Estado a condutas, omissivas ou comissivas, as quais dão efetividade aos direitos enunciados pelos diplomas legais, evitando que se tornem fórmulas inócuas.

Como observa Dirley da Cunha Jr., uma forte marca da vigente Carta Magna é a ênfase despendida aos direitos e garantias fundamentais:

A Constituição de 1988 inaugura, pelo menos teoricamente, uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais e reconhecida efetivamente. Ao lançar um primeiro e breve olhar para a nossa Lei Fundamental, percebe-se imediatamente uma reveladora inovação, de cunho topográfico. Distinguindo-se das Cartas anteriores, a Constituição em vigor positivou os referidos direitos logo no início de suas disposições (título II), após o que tratou da organização do Estado (título III), dando cristalinas amostras de que se preocupou previamente com o ser humano, enaltecendo-o como o “fim” do Estado, este considerado “instrumento” de realização da felicidade daquele. Em outras palavras, com a novel posição topográfica dos direitos fundamentais, é nítida a opção da Constituição atual pelo Estado como o instrumento, e pelo homem como o fim, isto é um importante subsídio hermenêutico (CUNHA JR., 2008, p 597).

É justamente, nesta topografia característica, no vale ou no planalto dos direitos e garantias fundamentais que se enuncia o Tribunal do Júri, devendo-se conceber que:

As *garantias constitucionais* em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais (SILVA, 2007, p 189).

Neste ponto, é o Tribunal do Júri, enquanto garantia, defesa do cidadão contra o poder punitivo, salvaguardando o direito à liberdade (NUCCI, 1999). De acordo com José Afonso da Silva, o Tribunal do Júri compõe o elenco das “*garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais” (SILVA, 2007, p 188).

Com abordagem mais específica e dogmático-constitucional:

Constitui-se de garantias que visam tutelar a liberdade pessoal! Figura ela no art. 5º, XXXVII a XLVII, mais a hipótese do inc. LXXV, sem falar no *habeas corpus*, incluído entre os remédios constitucionais (infra). Essas garantias penais ou criminais protegem o indivíduo contra atuações arbitrárias, e podem ser consideradas nos grupos seguintes (...) *garantia de julgamento pelo tribunal do júri nos crimes doloroso contra a vida* e ainda assim com as *garantias* subsidiárias da plenitude de defesa, do sigilo das votações dos jurados e da soberania dos veredictos (inc. XXXVIII), valendo dizer: outro tribunal não pode reformar o mérito da decisão do júri; pode anular o processo por vício de forma, não mudar o mérito do julgamento (SILVA, 2007, p 438-439).

Sobre a finalidade do Júri enquanto garantia, José Frederico Marques explica que:

O Júri, consagrado que está como garantia constitucional, é um órgão do Judiciário que a Constituição considerou fundamental para o direito de liberdade do cidadão. (...) Foi para garantir o direito de liberdade que o Júri acabou mantido pela Constituição vigente. Sendo assim, o que marca de maneira específica e própria, como órgão judicante, a atividade jurisdicional, é a sua qualificação de instituto destinado a tornar mais sólido e inquebrantável o direito individual de liberdade (MARQUES, 1997, p. 100).

Esta, no entanto, é a deontologia normativa, o aspecto formal de garantia, todavia, para ser materialmente uma garantia é preciso que o seu rito o estabeleça como tal.

Ora, como é possível reconhecer como garantia um processo no qual o acusado será julgado por pessoas sem preparo técnico para valorar as provas, subsumir as categorias normativas ao caso posto ou mesmo sem o zelo pelos cânones fundamentais da processualística penal? A hipótese é logicamente antagônica à ideia de garantia. Pratica-se, pois, dia após dia, ano após ano, um “Júri bastardo”, uma corte que não é verdadeiramente o Júri, mas um cavalo de Troia (HOMERO, 2016) que invade, rende e defenestra os direitos à liberdade, a ter observado o *in dubio pro reo*, à presunção de inocência, à plena defesa, ao dever de fundamentação... Como garantia, o rito do Júri é um excelente veneno.

Ao mesmo tempo em que se tem lugar a compreensão, a piedade e a graça, tem espaço também os maus impulsos, os preconceitos, o ódio, a indiferença, que veem no sigilo e na desnecessidade de fundamentação oportunidade para aflorar.⁴¹

⁴¹ Sobre a sanha maledicente e os prejulgamentos negativos, diz a argúcia poética do padre Antônio Vieira: “No Juízo de Deus basta ser bom no último instante da vida, para ser eternamente bom; no juízo dos homens basta ser mau em qualquer tempo da vida para ser eternamente mau. Se fostes bom e sois mau, julgam-vos mau pelo que sois; se fostes mau, e sois bom, julgam-vos mal pelo que fostes; e se sois e fostes sempre bom, julgam-vos mal pelo que podereis vir a ser. (...) A segunda razão de o juízo dos homens ser mais terrível que o juízo de Deus, é porque no juízo de Deus geralmente basta só o testemunho da própria consciência: no juízo dos homens a própria consciência

O Tribunal do Júri pode ser para o acusado algo próximo disso, sobretudo pelo juízo antecipado de condenação que marca, por exemplo, uma boa parte dos casos que ganham certa repercussão na mídia (BASTOS *in* TUCCI, 1999). De fato, o poder da mídia é avassalador:

A televisão é um polo ativo do processo seleção e divulgação das notícias e também dos comentários e interpretações que delas são feitas. Ela não é mera “observadora” ou “repórter”: tem o poder de interferir nos acontecimentos (ARBEX JUNIOR, 2001, p. 58).

É muito duro para o defensor, em uma hora e meia, mais uma hora quando ocorrida tréplica, afastar dos jurados a adesão pela tese acusatória, a que são expostos a semanas, meses ou mesmo anos.

A mídia cuida de produzir a antipatia do público ao acusado, criando a vontade de que ele seja condenado, o que pode interferir no julgamento, já que os jurados também são telespectadores, e no abismo entre a diferença de classes sociais, é fácil se perder em generalizações e prejulgamentos; é fácil ser indiferente para com o não próximo e aceitar o veredito do noticiário policial.⁴²

não vale como testemunha. Vede que grande é a fidalguia do juízo de Deus. Apareceis diante do tribunal divino: acusam-vos os homens, acusam-vos os anjos, acusam-vos os demônios, acusam-vos vossas próprias obras, acusam-vos o céu, a terra, o mundo todo: se a vossa consciência vos não acusa, estai-vos rindo de todos. No juízo dos homens não é assim. Tereis a consciência mais inocente que a de Abel, mais pura que a de José, mais justificada que a de S. João Batista; mas, se tiverdes contra vós um Caim invejoso, um Putífar mal informado, ou um Herodes injusto, há de prevalecer a inveja contra a inocência, a calúnia contra a verdade, a tirania contra a justiça, e por mais que vos esteja saltando e bradando dentro no peito a consciência, não vos hão de valer seus clamores. (VIEIRA, 2016, p. 16)

⁴² “A grande maioria dos acusados provém das classes menos favorecidas, em contraponto com seus julgadores (provenientes majoritariamente da classe média). E não raras vezes os réus têm antecedentes criminais e estes são usados amplamente como arma da acusação para obter uma condenação e em grande parte isto se torna possível em razão de que o convencimento dos jurados não precisa ser motivado(...). No Tribunal Popular, todos os princípios para tentar assegurar um julgamento imparcial perdem sua eficácia em muitos de seus julgamentos, uma vez que notadamente tem-se uma pré-condenação (principalmente em casos de maior repercussão). Na prática, como são pessoas muitas vezes despreparadas, a mídia tem força para condenar realmente por antecipação” (KIRCHER, 2018)

Nesta hora, e para estes julgadores rasos, esvai-se todo o mérito descrito no capítulo 4, passando-se enfim para a seara da vindita disfarçada de justiça, onde os jurados, arvorando-se sociedade, assumem-se afetados pelo fato, volvendo-se em juízes-partes:

O infrator é um devedor, que não somente não pagou pelas vantagens e adiantamentos que lhe foram demonstrados, mas até mesmo atenta contra seu credor [...]. A ira do credor lesado, da comunidade, o devolve ao estado selvagem e fora-da-lei de que ele até agora estivera guardado: faça-o fora de si – e agora se pode dar vazão a toda espécie de hostilidade contra ele. O “castigo”, nesse grau de aquisição de costumes, é simplesmente a imagem, a mínima do procedimento normal que se tem contra o inimigo odiado, tornado indefeso, derrubado, que não perdeu somente todo o direito e proteção, mas também toda clemência (NIETZSCHIE, 1983, p. 307).

Esta é a hipótese tão condenável de manifestação do Direito Penal do autor:

O direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva (ZAFFARONI, 2004. p. 115).

É demasiado preocupante o grau de banalização da liberdade e da dignidade humana que pode alcançar o julgamento pelos jurados, a execrável indiferença para com o outro, o ódio injustificado, a antipatia fútil, e tudo isso ocorrendo sob a égide da Constituição Federal de 1988, nos fóruns de um autoproclamado Estado Democrático de Direito:

A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação a réu. (LOPES JR., 2015, p 845)

Toda esta permeabilidade a fatores que periclitam a liberdade do acusado tornam o procedimento do Júri incompatível com o sistema cognitivo ou garantista (FERRAJOLI, 2014) a que deve aspirar o ordenamento jurídico brasileiro, como visto no terceiro capítulo, ofendendo com isso a própria ordem constitucional, por não impor ao poder punitivo os limites que lhe são imprescindíveis em um Estado de Direito (CARRIÓ, 2007).

Por distante da condição de garantia, os ditames constitucionais que regem a jurisdição como um todo jamais se poderiam ver afastados, de modo que insta destacar

algumas das violações ao texto constitucional que são albergadas no atual rito do Júri brasileiro, a fim – reiterar-se – de que melhor se compreenda a necessidade de limitar o poder do Conselho de Sentença no Tribunal Popular, para que jamais uma condenação decorra de um juízo formulado em íntima convicção.

5.2.2. O descumprimento dos cânones de fundamentação das decisões, de presunção de inocência e de plena defesa.

O Tribunal do Júri, além estar previsto como uma garantia fundamental, é um órgão do Poder Judiciário (MOSSIN, 1999), devendo, como tal, no que for estranho à sua condição de garantia, se submeter ao regramento aplicável.

Dever de fundamentação é inerente à atividade judicante e

Visa a possibilitar às partes o conhecimento das razões que levam o julgador a decidir. Que o inclinaram a acolher ou rejeitar o pedido, a condenar ou absolver o réu, a conceder ou denegar determinado requerimento (sentido amplo) (SAMPAIO, 2007, pg. 342).

É necessário que a decisão (exceto a do *judicium causae*, pelas razões específicas já declinadas) esteja devidamente fundamentada, tanto para comunicar as razões do convencimento do julgador, quanto para expor sua estrutura lógico-contextual, para que se possa aferi-la em sua validade.⁴³

Assim como a previsão do Tribunal do Júri, também se constitui garantia a necessidade de fundamentação das decisões:

São três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade

⁴³ “Em outros termos, não basta o juiz estar convencido; deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer um do povo, já que a sentença deve ser o resultado de raciocínio lógico que assenta no relatório, na fundamentação e no dispositivo. Note-se, porém, que a decisão não requer apenas coerência lógica, mas também contextual, importando aí os contextos do direito e do senso comum, o qual muitas vezes é fundamental quando da análise de credibilidade da prova, da formação de presunção no estabelecimento do juízo que a toma em consideração” (MARINONI *et* ARENHART, 2004, p. 164).

das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz. (GOMES FILHO, 1997, p. 212)

A existência do dever de fundamentação garante, na medida que viabiliza, o controle de fundamentação pelas partes, para que se possibilite a reforma da decisão a partir de recurso direcionado a instância superior, por eventual descompasso com o Direito:

Uma decisão, em princípio, para tornar-se vulnerável, há de ser atingida exatamente na sua base: a fundamentação. O juiz deve expor o desenvolvimento do seu raciocínio para chegar à conclusão, a fim de que as partes disponham de elementos para saber o que devem argumentar em eventual recurso (SAMPAIO, 2007, pg. 342).

Além de ser uma garantia processual, é a motivação das decisões penais também uma garantia política, estando relacionada com a legalidade, a separação dos poderes e a inviolabilidade dos direitos individuais (GOMES FILHO, 2001, p. 75). A exigência de uma decisão motivada é condição para a caracterização do modelo acusatório, por controle da fundamentação, para garantir que o julgador não exorbitou o seu papel (CANTÓN, 2005).

Isto porque “a fundamentação da decisão é que permite seu controle endoprocessual, interno” (GIACOMOLLI, 2015, p. 230), tornando a decisão passível de ser reformada por meio de impugnação cabível, seja recurso ou ação autônoma, sendo, pelo uso da lógica como baliza da fundamentação, possível diferenciar o raciocínio correto do incorreto (NOJIRI, 1998).

O drible ao dever de fundamentação fora da hipótese da graça democrática fere os ideais que inspiram o próprio Direito moderno (MARTINEZ, 1993), de sorte que de qualquer maneira se teria atingida a Constituição, por ser o abrigo das garantias contra a irracionalidade punitiva (COLOMER, 1996). A Lei Fundamental brasileira de 1988, então, que prevê expressamente o dever de fundamentação, vê-se hostilizada mesmo em suas mais claras determinações, de sorte que não compete à classe jurídica quedar-se inerte, pois não é dado retroceder frente a investidas contra as conquistas alcançadas, em meio à crise generalizada das instituições (PRADO, 1990).

O problema da falta de fundamentação se agudiza ainda mais pelo fato de serem leigos os jurados, não tendo, assim, o discernimento técnico às vezes necessário para a valoração da prova, fazendo-o a partir de presunção, funcionando, os prejuízos, como “indutores de certeza” (MARTINS, 2011).

Sendo o crime um fato passado, história (LOPES JR, 2015), deve-se ter em mente que qualquer reconstituição será problemática, devido à precariedade das regras do conhecimento humano, sendo esta a razão eminentemente lógica para preferencialmente absolver-se, ante o risco real de condenação de um inocente (OLIVEIRA, 2013), sobretudo pela identificação com a vítima, que pode quebrar a imparcialidade dos julgadores.

Como disse Néelson Hungria, “a verossimilhança, por maior que seja, não é jamais a verdade ou a certeza, e somente esta autoriza uma sentença condenatória. Condenar um possível delinquente e condenar um possível inocente” (HUNGRIA, 1981, p. 65). O caminho rumo a um sistema mais racional, com maior segurança jurídica, envolve a luta constante pela observância de limitações penais como esta, que conferem dignidade ao indivíduo frente ao Estado (CRUZ, 2013).

Todavia, como se exigir respeito por parte dos jurados a categorias que eles desconhecem? E mais, que não terão garantia de prevalecer, apesar de devidas, visto que obstaculizado o controle de fundamentação (NUCCI, 2008).

São imprescindíveis o domínio e o zelo para com institutos que constituem vigas mestras da racionalidade processual penal para que se possa valorar, no âmbito de um processo judicial, qualquer elemento de convicção, valendo destacar, por exemplo, que:

O in dubio pro reo é premissa hermenêutica inafastável do Direito Penal e, no campo do processual, juntamente com a presunção de inocência, norteador da axiologia probatória. Ao mesmo tempo informa a interpretação da norma penal e a valoração da prova no campo processual (LOPES JR., 2015, p 846).

Não há garantia de que será observada a máxima *o in dubio pro reo*, bem como não mecanismos para fazê-lo prevalecer, como seria devido.

Esta incapacidade ululante da defesa é causa de profunda perplexidade e frustração de operadores do direito, sobretudo advogados de defesa e defensores públicos que militam no Júri. Como já disse Joaquim Nabuco:

Não há maior contrariedade em nenhuma profissão do que na do advogado, a ignorância, a incompreensão dos juízes que têm de julgar o trabalho em que ele acredita ter feito realçar de modo ofuscante, irrecusável, a verdade jurídica (NABUCO, 2015, p 90).

É previsto como princípio do Júri a plena defesa, a qual se entende com mais abrangente e benéfica do que a ampla defesa, prevista para os processos em geral (SILVA, 2009), no entanto não há como se conceber plena a defesa que nem mesmo tem condições para se insurgir contra o provimento jurisdicional definitivo e fazer valer os direitos e garantias que assistem a seu cliente.

O atual rito do Júri, com a possibilidade de condenação pelo Conselho de Sentença, atinge até mesmo este que é um dos chamados princípios do Júri, além de ser possível fazer desdobramentos outros que revelarão que mais e mais direitos são vilipendiados pelo procedimento, todavia já é possível perceber a afetação direta que o afastamento do rito do Júri de sua deontologia constitucional tem sobre mandamentos da própria Constituição.

Deste modo, dada a violação ao dever de fundamentação no que toca à condenação, não há o que garanta a observância das medidas de prova, dentre eles o da presunção de inocência, a partir do *standard* da “prova além da dúvida razoável”; e os obstáculos ao direito recurso constituem algo que defenestra uma noção de plenitude da defesa, pois até mesmo a ampla defesa, ordinariamente garantida, não pode ser viabilizada.

5.3. UMA PROPOSTA DE FORMATAÇÃO PARA O TRIBUNAL POPULAR.

Como já explanado no item 4.6, o modelo de Tribunal Popular proposto se inspira em características do rito bifásico do Tribunal do Júri brasileiro, mas realiza uma inversão deste rito, de modo que a deliberação do Conselho de Sentença possa abarcar, tanto quanto possível, a complexidade fenomenológica – com seus dilemas éticos – da demanda, através do *judicium causae*; enquanto o controle epistemológico pela fundamentação racional referido neste Capítulo se viabiliza pela atuação do magistrado, no *judicium accusationis*, que reclama a tecnicidade na prolação da sentença.

Deste modo, e feitas as considerações sobre o sistema cognitivo como modelo de referência para o controle de fundamentação, cumpre tratar brevemente sobre as razões deste formato – em síntese, pois as razões se acham espalhadas ao longo deste trabalho –, e por que

este e não outro, entre os formatos propostos para adaptação do Tribunal do Júri brasileiro à Constituição; ou seja, expor por que essas propostas não logram seu intento de compatibilidade do rito à Constituição e/ou por que não atendem às exigências da *democracia da complexidade*.

Estando patente a incompatibilidade da condenação pelo Conselho de Sentença com a democracia da complexidade, bem como com a condição constitucional de garantia – como no ordenamento jurídico brasileiro –, é com base nisso que se busca um modo de dar conformidade constitucional e legitimidade democrática ao rito, com vistas a conferir *status* material de garantia constitucional ao que disso já possui *status* formal (NUCCI, 1999), ao mesmo tempo que conserva sua potência no que toca aos juízos éticos.

Existem, no Brasil, propostas diversas de se compatibilizar o Júri à Constituição, dentre elas destacam-se o grupo das que pretendem ajustar o rito às diretrizes gerais aplicáveis à jurisdição e o grupo que se preocupa em efetivar o programa constitucional da Tribuna Popular, ou seja, efetivá-lo como garantia.

No primeiro grupo, a mais corriqueira bandeira é pela tentativa de fundamentação, embora precária, das decisões do Conselho de Sentença, seja por uma fundamentação escrita e objetiva, sem quebrar o sigilo das votações (*verbi gratia* CARDOSO, 2014), seja pelo incremento da quesitação, tendendo-a a uma pretensão exauriente acerca do fato (*verbi gratia* VIVEIRO, 2003).⁴⁴

De qualquer modo, entendo que não estaria sanada a questão, além de se revelar difícil e até certas vezes impossível no contexto do Júri, vez que, sendo sete jurados, cada um pode optar por uma fundamentação diferente para seu voto.

⁴⁴ Algo que se aproxima disso é o modelo espanhol, pois o artigo 61, d) da LOTJ (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de 22 de maio de 1995) impõe que os jurados forneçam arrazoados sucintos do veredito, não se confundindo isso com o dever de fundamentação (ou motivação) estabelecido para os magistrados pelo artigo 120.3 da Constituição Espanhola, afinal, também no ordenamento jurídico espanhol o Júri não delibera a partir de conceitos jurídicos (VALE, 2014, p. 233).

Ademais, ainda que fosse a quesitação o mais próximo possível da exaustão e da plena apreensão dos elementos envolvidos na concretude fática do caso, o veredito seria tomado de pessoas sem competência específica para a valoração da prova – podendo, com isso, condenar exclusivamente com base material constante no inquérito policial (LOPES JR., 2015), entre outras irregularidades, segundo os *standards* de prova reconhecidos no ordenamento –, reconhecer no caso a incidência de institutos/categorias próprios da dogmática jurídica, tais como excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, bem como não foram devidamente instruídas sobre a inafastabilidade do *in dubio pro reo*, do estado de inocência, da incumbência probatória, dentre outros saberes cuja imprescindível aplicação pode ser negada por um simples ato de vontade.

Viola-se, assim, o caráter de garantia devido ao Júri, bem como, ao exigir uma fundamentação expressa, corre-se o risco de represar a manifestação espontânea do sentimento de justiça que informa o juízo ético, de sorte que haveria, com isso, uma redução da complexidade proposta neste trabalho, não realizando a *democracia da complexidade* enquanto órgão jurisdicional.

Quanto aos esforços no sentido de dar ao Júri *status* de garantia, caracterizadores do segundo grupo apontado, deve-se desde logo consignar que também não são uníssonos. É justamente neste grupo que se insere o intento propositivo do presente trabalho: reconhecer e efetivar o Tribunal do Júri como uma garantia fundamental do indivíduo.

Ocorre que, em toda a literatura pesquisada, não se achou par à proposta aqui encetada, embora, como dito, existam outras propostas que declaram buscar o ajuste entre o rito do Júri e a condição de garantia.

Exemplo disso é o trabalho de Iorio Forti:

A interpretação que, segundo sustentamos, melhor se adapta aos desígnios da Constituição é a que extrai do caráter de garantia a possibilidade de opção, pelo réu, de submeter-se ao Juiz togado ou aos jurados, conforme melhor lhe pareça para a sua defesa. E, em sendo exercida a opção por valer-se da garantia constitucionalmente oferecida ao acusado, a competência do Júri – e a soberania de seu veredito – não poderá ser afastada por regras outras de foro por prerrogativa de função ou por meio de recurso de apelação (FORTI, 2009, p. 195).

O autor *supra* argumenta que existem casos em que para o réu é probabilisticamente mais vantajoso ser julgado pelos jurados e casos em que é mais vantajoso ser julgado pelo juiz

singular, e disso extrai que a inconstitucionalidade do rito está na imposição obrigatória de julgamento pelos jurados. A solução apontada, no entanto, manteria a inconstitucionalidade de sua aplicação, mesmo porque haveria o afastamento de competência constitucionalmente estabelecida, além de que, havendo a escolha pelo Júri, este funcionaria com todos os seus vícios, que, como visto, afastam-no do caráter de garantia.

A tentativa de conformação por ele proposta não faz com que o Júri seja uma garantia, faz com que algo que não é uma garantia torne-se uma opção. Ora, ser algo uma opção não o faz uma garantia, nem mesmo o assegura bom: nunca é demais recordar que a cicuta foi tomada voluntariamente por Sócrates (PLATÃO, 2003). Não basta que o Júri esteja garantido para quem quiser dele fazer uso; é preciso que ele próprio seja uma garantia.

A consequência imediata da implementação desta proposta seria a perda de significância do instituto, que seria cada vez menos acionado, ao que se testemunharia o esvaziamento da Tribuna Popular e a burla escancarada à regra de competência estabelecida expressamente na Constituição para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida no Brasil, além de não atingir a potência jurisdicional que recomendaria sua incorporação por outros ordenamentos jurídicos.

A proposta aqui apresentada, que é de impor limite ao poder decisório do Conselho de Sentença, mostra-se muito mais próxima, aliás, salvo melhor juízo, a única encontrada (nos esforços deste trabalho) que resolve suficientemente os problemas que afrontam a constitucionalidade do rito, sem implicar, como efeito colateral, nenhuma inconstitucionalidade ou perda daquilo que distingue o Tribunal Popular como órgão de Justiça.

Deste modo, sim, estaria o Tribunal do Júri a funcionar como uma garantia, como um filtro ao poder punitivo do Estado, a servir de vetor para eventual consciência política da desnecessidade da pena, mesmo quando provada a autoria delitiva; todavia, preservando o direito do réu de não ser condenado senão pelo devido processo legal, observados direitos e parâmetros interpretativos típicos de um sistema cognitivo ou garantista.

Não se pode afastar do juiz criminal, na tentativa de reduzi-lo a mero presidente de sessão e aplicador de pena, aquela que é sua principal função, que é a promoção da

racionalidade no processo, como forma de conter a violenta pulsão punitiva, para, que o *ius puniendi* não se converta em arbítrio punitivista:

Existe um subliminar veto ao ato de se pensar criticamente o sistema penal, o que atinge de modo impactante o judiciário. É, quando isto é desvelado, a alternativa possível passa a ser a de dizer o óbvio: a função do juiz criminal legitimada pelo Estado Democrático de Direito é a de proteger os direitos e garantias fundamentais limitando o Estado Penal. Logo, o juiz e sua atuação deveriam funcionar na condição de um dique contra a irracionalidade penal, combatendo concepções idealistas e abstrações estereis que atualmente justificam a exclusão social e o massacre aos mais débeis que hoje é presenciado no cotidiano do sistema penal (BIZZOTTO *in* PRADO *et al*, 2016, p 33-34).

O processo penal em seus demais ritos é também garantia, não podendo se admitir que a pretexto de instrumentalizar uma garantia ainda mais forte e abrangente, um procedimento derogue a segurança jurídica e a racionalidade devidas em favor de todo acusado num Estado de Direito.

A única forma de compatibilizar o Tribunal Popular às constituições dos Estados de Direito (torná-lo facultativo seria tão somente poder evitá-lo) e à *democracia da complexidade* é viabilizar e obrigar em seu rito as demais garantias processuais previstas no ordenamento jurídico, para que o condenado não seja uma vítima do que se prometeu garantia.

Observe-se que a limitação do veredito alcança exatamente esta pretensão, pois, sendo a possibilidade de absolvição não fundamentada uma garantia a mais, por si caracterizadora da razão de ser do instituto, em nada é obstante à possibilidade de apreciação técnica dos elementos do caso para a formação da convicção condenatória, a qual só pode ser confiada ao juiz togado – o que, mais do que uma possibilidade, é uma necessidade. Sim, uma necessidade, pois a cada condenação do Júri, mesmo as que seriam tecnicamente acertadas, são viciadas na essência, pela inaptidão específica do julgador:

Os jurados carecem de conhecimento legal e dogmático mínimo para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolvem a análise da norma penal e processual aplicável ao caso, bem como uma razoável valoração da prova. É o grave paradoxo apontado por FAIREN GUILLEN: *un juez lego, ignorante de la Ley, no puede plicar un texto de la Ley porque no la conoce*. O próprio *ato decisório* exige uma prévia cognição e compreensão da complexidade jurídica, sendo inadmissível o empirismo rasteiro empregado pelo júri (LOPES JR., 2015, p 843).

Ademais, mais grave do que aplicação imperita de normas jurídicas em geral por um corpo leigo é certamente a possibilidade da aplicação imperita de normas jurídicas no sentido de realizar uma condenação:

o jurado decide sem qualquer motivação, impedido o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional (LOPES JR., 2015, p 845).

Estando os jurados aptos a julgar pela equidade e de forma política, não o estão para realizar silogismos dogmático-jurídicos, muito menos quando se está em discussão a imposição de uma pena.

O resultado do julgamento não pode ser para o acusado uma espada de Dâmocles:

Se ao juiz fosse facultado julgar e cominar pena ao indigitado autor de um delito, de cuja existência ou realidade não haja plena certeza e sobre cuja autoria paira dúvida (...), o arbítrio sentar-se-ia no trono da Justiça, e esta não mais seria a garantia das pessoas honestas e dos fracos (SANTOS, 1970, p. 18).

A solução, tendo-se claro que não existe óbice entre a garantia típica e caracterizadora do Júri e as garantias gerais do processo penal, surge como uma síntese, em que se congrega tudo que conforme ao Direito, estabelecendo, em consideração a isso, o rito.

Assim, entende-se adequada a hipótese em que, findos os debates, o Conselho de Sentença deliberaria sobre se absolvem ou não o arguido, de sorte que a não absolvição não significa condenação, mas o encerramento da garantia, pela superação da Tribuna Popular, assumindo a demanda o juiz togado, que faria subsumir o direito ao fato, zelando pela concretização de todos os direitos e garantias aplicáveis ao acusado.

Subsidiariamente à possibilidade de absolvição, a graça democrática poderia ocorrer na forma de comutação da pena, segundo formulado pelas partes. Ou seja, a defesa e o Ministério Público podem peticionar ao magistrado presidente para que este inclua como quesito a possibilidade de mitigação da pena para determinado patamar, como alcance

máximo da condenação, ou que, em caso de condenação, a pena seja comutada para um regime ou modalidade distintos da prescrição legal, desde que mais brandos.

Sobre o entendimento de que os quesitos de mitigação sejam propostos pelas partes, isto, além de ajudar a preservar o sigilo das votações, contribui para a imparcialidade dos jurados:

O aforismo: *Nemo iudex in causa sua* não exprime apenas um princípio jurídico. Tem um alcance psicológico mais importante, pois explica que, pela obrigação fundamental que lhe dá a sua missão o juiz deve conservar, no decorrer do processo, uma atitude estática, esperando sem impaciência e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há resolver. A inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: de imparcialidade. Agir significaria tomar partido (CALAMANDREI, 1981, p 50).

A razão para a limitação do poder decisório do Conselho de Sentença, além da plena conformação à posição de garantia, sem a supressão de outros ditames legais ou constitucionais que limitem o poder punitivo é o tipo de cognição que envolve cada operação.

A condenação se baseia na crença na autoria delitiva, de modo que sua razão é a adequação típica entre a norma incriminadora e o fato, sendo, portanto, sempre comunicáveis por via de clara e unívoca fundamentação, com demonstração racional de obediência aos *standards* probatórios e a demais regras pertinentes.

Não se sucede o mesmo com a absolvição – referente a um indivíduo, não apenas a uma conduta –, pois as razões podem ser as mais diversas, e algumas delas têm raízes incrustadas na íntima convicção, na consciência e na justiça, como já reconhecido no Direito Brasileiro, consoante a promessa do artigo 472 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), feita pelos jurados.

Nesta modalidade proposta, o Tribunal Popular assumiria a plenitude formal não só de uma garantia, mas da forma ideal de jurisdição:

Entre os deveres do processo penal, junto à averiguação dos verdadeiros fatos e à correta aplicação do direito penal material, encontra-se o de chegar a uma decisão, que logre a paz jurídica, sobre a punibilidade do inculpaado. (ESER *in* CHOUKR *et* AMBOS, 2002, p 33-34)

Este procedimento permitiria o juízo de alcance da paz jurídica e social, dando uma leitura mais ampla sobre a punibilidade do acusado, em cognição patentemente política (ARISTÓTELES, 2011). Assim também, a averiguação dos fatos verdadeiros, já que não se

pode aceitar contra o acusado versões que não convencem nem mesmo o senso comum, presentificado no Conselho de Sentença (BARBOSA, 1950), e, em caso de não absolvição, os fatos serão tratados pelo juiz togado, que estará sujeito ao controle de fundamentação, na busca pela verdade dos fatos a partir do que permitem os autos, e no dever de observar os direitos e garantias limitadoras do Direito Penal.

Deste modo, haverá a correta aplicação da pena, a qual só pode ser garantida se presente a devida fundamentação, a ser consignada pelo juiz togado, que tem legitimidade para dizer o direito – *narra mihi factum dabo tibi jus* –, com possibilidade de controle por instâncias superiores.

O questionário de perguntas objetivas acerca de questões fáticas juridicamente relevantes não mais subsistiria, pois questões fáticas precisam ser expressamente consignadas na fundamentação decisória para que possibilite o controle racional dos atos judiciais, além de envolver, sem dúvidas, um mínimo de conhecimentos jurídicos.

Em seu lugar, uma pergunta sempre estaria presente: “os jurados absolvem o acusado?”. Sendo positiva a resposta, está o acusado absolvido, seja porque os jurados não se convenceram da materialidade ou autoria delitivas, porque os jurados entenderam inadequada a imposição de pena, ou por alguma outra razão, ao que é possível cada voto favorável ter sido motivado por razões diversas entre si. Neste caso, tem-se inviabilizada a fundamentação do veredito, no entanto nisso nada há de inconstitucional, dado servir plenamente como uma garantia para a réu.

Sendo negativa a resposta, entretanto, não se teria como consequência a condenação, mas a transferência do dever de julgar para o juiz togado, que, com base nos fatos e nas teses e antíteses carreadas aos autos, formará sua convicção, através de sentença devidamente fundamentada, seja absolutória ou condenatória.

Aqui vale uma consideração referente ao Direito brasileiro. A fundamentação da decisão condenatória deve ser sempre passível de controle. Mas isso reduziria o alcance do sentido de soberania do Tribunal do Júri? Sem dúvidas. Mas isso seria inconstitucional? Não, haja visto que a soberania dos vereditos está subordinada à natureza do Tribunal Popular, qual seja, a de garantia.

É preciso que se entenda com naturalidade o papel de garantia do Tribunal do Popular, sem rebuscos ou preocupações de cunho securitário e com claro tom de suspeição generalizada, pois “utilizar-se da soberania popular para tergiversar acerca da presunção de inocência é de uma ignorância ímpar. Ou má-fé, conforme o sujeito” (MOREIRA, 2023).

Ademais, importa destacar que, neste caso, embora exarado do Tribunal do Júri, o *decisum* vem do seu órgão técnico, do juiz togado, não dos jurados, funcionando como um órgão comum da Justiça, sem razões para tratamento diferenciado, mesmo porque “não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente que afeta os fundamentos jurídicos, desacredita a Justiça, alarma a sociedade, ameaça os indivíduos, sensibiliza a solidariedade humana” (LYRA, 1969, p. 12).

Além do quesito absolutório, poderiam as partes formular quesitos no sentido de promover uma mitigação da pena prevista em abstrato, para que, em caso de condenação, a sanção aplicada fosse reduzida, em relação a seus patamares legais, ou comutada, a fim de adequá-la à necessidade e à conveniência concretas da pena.

Sobre o número de jurados, cabe a cada ordenamento, segundo sua tradição, estipulá-lo. Quanto mais julgadores, maior a probabilidade estatística de o veredito coincidir com a percepção média da comunidade, a otimizar o argumento pela legitimação pela consciência coletiva.

Tal como no Tribunal do Júri brasileiro, entendo salutar aos propósitos de complexificação jurisdicional que haja no Tribunal Popular que haja o sigilo, que se justifica tanto por uma questão de segurança (um jurado leigo, via de regra, não terá a mesma proteção de um magistrado), segurança, tanto física, do jurado, quanto de sua liberdade enquanto agente ético. A ausência do anonimato pode preocupar o jurado sobre o julgamento que poderão fazer sobre ele, em total desvio do foco de seu dever, que é o julgamento do destino do arguido.

Para tanto, parece suficiente adotar o critério da interrupção da contagem assim que atingida a maioria (como ocorre no Brasil), ou número suficiente, seja a metade, em caso de número par de jurados, ou um número que demonstre uma de uma maioria qualificada, a

depende do critério fixado pelo Direito, sempre a evitar a revelação de uma possível unanimidade, que quebraria o sigilo.

Em suma, deverá o Tribunal Popular: (1) ser composto por jurados sorteados, em número estabelecido pelo ordenamento jurídico que o institua; (2) deliberar em íntima convicção, conforme a consciência e ditames da justiça; (3) preservar o sigilo das votações; (4) ter a possibilidade de absolver o arguido ou comutar a pena, pela via do arbítrio de impunidade; (5) ter a demanda julgada pelo magistrado, em observância à técnica jurídica, quando os jurados não absolverem o arguido.

Tal formatação confere juridicidade ao rito do Tribunal Popular e, mais do que isso, promove a justiça demandada pela *democracia da complexidade*, na medida em que erige uma garantia fundamental material, permeável a juízos éticos, assim como respeita os axiomas fundantes do sistema de garantista (FERRAJOLI, 2014), transformando o Tribunal Popular no órgão com maior potencial de realização da justiça concreta, pelo amplo cabimento da equidade, ao mesmo tempo que alinhado ao sistema cognitivo do processo penal no que concerne à aplicação da pena.

6 CONCLUSÃO.

De todo o exposto, a conclusão é no sentido de que a jurisdição penal, seja em Portugal, no Brasil, ou nos Estados de Direito atuais não realiza o que foi aqui designado como *democracia da complexidade*, estando aquém da complexidade necessária à ampla incorporação de juízos éticos e à participação popular, como elemento de legitimação democrática da sentença.

No esforço de inserção de juízos éticos, concluiu-se pela possibilidade de trabalhá-los no campo da categoria da punibilidade, inclusive pelo entendimento de que isso causaria menos aporias do que se trabalhados nas categorias da Teoria Tripartite do Delito.

A via eleita para a realização dessa jurisdição complexa é um Tribunal Popular com autonomia absolver ou mitigar a pena do arguido por íntima convicção, a dar margem à aplicação da graça democrática, ou seja, a possibilidade de absolver ou comutar a pena por questões de índole ética, balizadoras do juízo de (des)necessidade da sanção.

De todo modo, para que não se descambe em irracionalidade na aplicação da lei penal, a implementação do arbítrio de impunidade não pode espaço à mitigação de garantias fundamentais no que toca à condenação, de sorte que uma sentença condenatória apenas poderia ser prolatada por magistrado(s) técnico(s), sendo imprescindível a devida fundamentação, sobretudo para efeito de controle cognitivo dos atos sancionatórios, de sorte que haveria esse limite ao poder decisório do Conselho de Sentença: pode ele aplicar o arbítrio de impunidade, ou remeter o feito ao magistrado, para que este delibere tecnicamente sobre a pretensão punitiva.

O confronto de teses perante o Tribunal Popular qualifica a cidadania. Ademais, a proposta de um Júri que não condena não é para que os jurados só absolvam, pois mesmo a condenação do magistrado – após a não absolvição pelos jurados – resulta em uma medida mais legitimada, do ponto vista democrático, e suscita debates que exorbitam a mera lógica formal. A cada julgamento surgem discussões que afirmam a norma com mais colorido do que a mera subsunção norma-fato, e diante da cidadania, ali representada por cidadãos sorteados.

Não há paralelo no Direito disso proposto enquanto órgão jurisdicional, na formatação em questão. A ideia aqui veiculada não é simplesmente incorporar o Júri brasileiro, com alguns reparos, em outros ordenamentos.

Trata-se de aguçar o olhar sobre as bases de legitimação da jurisdição penal; de perscrutar como isso se relaciona com os modos de produção de subjetividade nesta era de modernidade tardia, ou hipermodernidade; trata-se de indagar, como uma postura ética, que mundo, que Direito, que Estado queremos para nós.

Com efeito, tal formato de Tribunal Popular seria um fator de complexificação democrática em qualquer ordenamento jurídico; porém, isto só seria viável enquanto uma reivindicação social autêntica, ou de juristas conscientes desta necessidade; e para isso é preciso uma guinada no pensamento jurídico, mas também na cultura ética e política.

É preciso que se queira efetivamente concretizar um sistema aberto a juízos éticos, ao mesmo tempo em que limita o poder punitivo, submetendo-o ao controle cognitivo das decisões condenatórias. É possível que haja outras soluções; é possível que não se concorde com a proposta de um Tribunal Popular, ou que se pense que os jurados devam fundamentar suas convicções, mesmo que por critérios éticos metanormativos. Isto (este modelo de Tribunal Popular) é tão somente o ponto a que consegui chegar, pelo caminho que trilhei. O propósito, de fato, é provocar o debate; propor algo, para que a ideia seja lapidada, a fim de que seja aprimorada a tecnologia processual.

Honestamente, não sei se a opinião pública, tão sequestrada pelos discursos de pânico, discursos punitivistas, estaria de acordo com uma medida que, na prática – desconsiderados os argumentos de legitimidade –, apenas serviria para aumentar a chance de um acusado não ser punido; não sei se há vontade política para a superação do *simplismo* como instrumento de governo, com implementação de medidas de complexificação como o Tribunal Popular; não sei se essa tese de um Tribunal Popular com poderes para aplicar o arbítrio de impunidade, a realizar a *democracia da complexidade* será bem acolhida por alguma parcela relevante do meio acadêmico.

“À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo”⁴⁵. Ou, para ser mais específico, o fim deste trabalho não é a implementação do Tribunal Popular em Portugal e no resto do mundo, e sua reforma no Brasil; também não é transformar essa tese em senso comum acadêmico. Se isso tudo acontecer, ficarei tão surpreso quanto feliz, mas o fim deste trabalho não é outro senão sua afirmação, e faço votos para que essa afirmação possa, no mínimo, promover um bom debate sobre os assuntos aqui tratados, que considero de grande importância.

⁴⁵ Palavras que pego emprestadas de Álvaro de Campos (PESSOA, 1986, fl. 362).

REFERÊNCIA

A BÍBLIA. **Lucas (17:3); Efésios (4:32); Mateus (18:22)**. Rio de Janeiro: King Cross, 1986.

ALENCAR, Nestor Távola Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8 ed. Salvador: Editora Podivm, 2013.

ALVES, Silvia. Lei e *Arbitrium Judicis* no Antigo Regime. **Revista Acadêmica da UFPE**, Vol. 85, N I, 2013.

ANDRADE, Oswald. **Manifesto antropófago e outros textos**. São Paulo: Penguin e Companhia da Letras, 2017.

AQUINO, Tomás De. **A graça**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2016.

ARBEX JUNIOR. José. **Showrnlismo: a notícia como espetáculo**. 4. Ed. São Paulo: Casa Amarela, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 6 ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013.

_____. **Política**. 6 ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

_____. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Biblioteca de Autores Clássicos, 2005.

_____. **Órganon**. 3 ed. São Paulo: Editora Edipro, 2016.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Tribunal do Júri: Aspectos Constitucionais e Procedimentais**. São Paulo: Verbatim, 2010.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. 6ª ed. Trad. José Manuel da Costa. Coimbra: Editora Atlântida, 2009.

BACILA, Carlos Roberto. **Os Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais**. In *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Org. Gilson Bonato Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.

BARBOSA, Ruy. **O Júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1950.

BARROS, Marcelo. **Racismo e Migração: um olhar sobre as políticas migratórias e as teorias raciais de branqueamento na República Velha**. São Paulo: Dialética, 2023.

BASTOS, Celso. **Direitos e Garantias Individuais**. In A Constituição Brasileira 1988. Org. Yves Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.

BASTOS, Márcio Thomaz. **Júri e Mídia**. In Tribunal do Júri: Estudos sobre a mais democrática instituição brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do direito**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BITTAR, Walter. **A Punibilidade no Direito Penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BIZZOTTO, Alexandre. **O Fundamentalismo Punitivo e a Magistratura Criminal**. In Processo Penal e Garantias. 2. ed. Org. Fauzi Hassan Choukr Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

BLACK, Jeremiah. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/60191912/FRASES-Encerramento-de-Peticoes-etc>>. Acesso em 23 de maio de 2023.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri: Do inquérito ao plenário**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Revista CNJ**, Brasília, v. 2, p. 12-23, 2017. ISSN 2525-4502 2017, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/29cb341405668f2446c4d1650bc39e5f.pdf>>, acesso em 15 de abril de 2023.

_____. **Código Criminal do Império, de 1832**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 de março de 2023.

_____. **Constituição do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Constituição Federal de 1946**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Dec. n. 848 de 1890**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2018.

_____. **Decreto de 18 de julho de 1822**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Emenda Constitucional de 1969**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Lei 261, de 3 de dezembro de 1841**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Lei 4.657 de 1942**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 5 de abril de 2023.

_____. **Lei 505 de 1898**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. **Lei 9.099 de 1995**. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em 5 de abril de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de Súmula 721, de 2003**. Disponível em: < www.portal.stf.jus.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado de Súmula Vinculante n. 45, de 2015**. Disponível em: < www.portal.stf.jus.br >. Acesso em 15 de março de 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

BROSNAN, S. F. & de WAAL, F. B. M. Monkeys reject unequal pay. *Nature*, 425, 297 - 299, (2003).

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor a luz do princípio de culpabilidade.** Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm, Acessado em 12 de maio 2023.

CALAMANDREI, Pierro. **Eles, os juízes vistos por nós, os advogados.** 6 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1981.

CANTÓN, Fernando. **La motivación de la sentencia penal.** Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

CARDOSO, João Paulo. A inconstitucionalidade das sentenças prolatadas pelo Tribunal do Júri pela ausência de fundamentação das decisões proferidas pelos jurados que compõem o Conselho de Sentença. **UNICEUB.** Brasília: 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** São Paulo: Editora Pilares, 2015.

CARRIÓ, Alejandro. **Garantías constitucionales en el proceso penal.** 5 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Érika de; KASSADA, Diana. **As condições objetivas de punibilidade (im)próprias e sua (in)compatibilidade com o princípio de culpabilidade.** *In* Direito penal, processo penal e organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo César Corrêa Borges, Claudio Macedo de Souza. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

CASTRO, Kátia Duarte de. **O júri como instrumento de controle social.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CASARA, Rubens. **A Construção do Idiota: o processo de idiosubjetivação.** Rio de Janeiro: Editora Da Vinci Livros, 2024.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COLOMER, Juan-Luis Gómes. **Constitución y processo penal**. Madrid: Tecnos, 1996.

COSTA JR., Paulo José Da. **Crimes famosos**. 2 ed. Campinas, SP: Editora Millennium, 2006.

_____. **Os júris da minha vida**. São Paulo: Arx, 2006.

COSTA, José Francisco de Faria. **Direito Penal da Comunicação: alguns escritos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA, Leticia Silva da; VARALLI, Janaína Thaís. A Teoria da Associação Diferencial e seus aspectos inseridos na formação do Primeiro Comando da Capital. **Rev. de Criminologias e Políticas Criminais** | e-ISSN: 2526-0065 | Porto Alegre | v. 4 | n. 2 | p. 159 – 173 | Jul/Dez. 2018.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Rumo a um processo penal democrático**. In *Justiça Criminal e Democracia*. Org. Geraldo Prado. São Paulo: Editora do Brasil, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Editora Podivm, 2008.

DAMASKA, Mirjan. Epistemology of legal regulation of proof. In **Law, Probability and Risk, Vol. 2**, p. 117-130, 2003.

DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of Evidence.: pre-modern and modern approaches**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

DARDOT, Pierre; Laval, Christian. **Comum**. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. Trad. Roberto Machado e Luiz Orlandi. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2018.

DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Félix. **O Anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia 1**. 2ª Ed. Trad. Luiz Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2011.

DIAS, Augusto Silva. **Crimes Culturalmente Motivados: o Direito Penal Ante a "estranha Multiplicidade" das Sociedades Contemporâneas**. Lisboa: Almedina, 2018.

DIAS, Jorge De Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. Coimbra: Coleção Coimbra Editora, 1976.

ESSER, Albin. **Juízes leigos no processo penal**. In *Processo Penal e Estado de Direito*. Org. Rogério Lauria Tucci. São Paulo: Editora e Distribuidora Campinas, 2002.

FAGUNDES, Valda Oliveira. **O discurso do júri**: Aspectos Lingüísticos e Retóricos. São Paulo: Cortez, 1987.

FENOLL, Jordi Nieva. **La Valoración de la Prueba**. Madrid: Marcia Pons, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexandre de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Epistemología jurídica y garantismo**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2008.

FERRAJOLI, Luigi; BACCELLI, Luca, et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editoria Trotta, 2005.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FORTI, Iorio Siqueira. O TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA FUNDAMENTAL, E NÃO COMO MERA REGRA DE COMPETÊNCIA: UMA PROPOSTA DE REINTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 3, Volume III. Rio de Janeiro: 2009.

FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**. 2ª Ed. Trad. Elisü Monteiro, Inês Autmn Dourado Barbosa. Rio de Jancino: Forense Universitária. 2006.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Biopolítica: curso feito no Collège de France (1978-1979)**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade: curso feito no Collège de France (1983-1984)**. São Paulo: Editora WFM Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 42º ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. 2 ed. São Paulo: Editora WFM Martins Fontes, 2016.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em 27 de maio de 2023.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da História e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GADELHA, Regina Maria d'Aquino Fonseca. A lei de terras (1850) e a abolição da escravidão: capitalismo e força de trabalho no Brasil do século XIX. **Revista de História**, São Paulo, n. 120, p. 153–162, 1989.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GÖDEL, Kurt. *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme, I*. **Monatshefte für Mathematik und Physik** 38: 173-98, 1931.

GÓES, Marisa Lazara de. **Tratamento constitucional à instituição do júri**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 17 de março de 2023.

GOMES FILHO, Antonio. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2001.

GOMES FILHO, Antonio; GRINOVER, Ada et al. **As Nulidades no Processo Penal**. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “ius puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal.** In *Leituras complementares de Processo Penal*. Org. Rômulo Moreira. Salvador: Editora Podivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. **Criminologia.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** 2ª Ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval.** 2ª Ed. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GUEDES, Sebastião. Análise comparativa do processo de transferência de terras públicas para o domínio privado no Brasil e EUA: uma abordagem institucionalista. **Revista de Economia**, v. 32, n. 1 (ano 30), p. 7-36, jan./ jun. 2006. Editora UFPR.

GUSDORF, Georges. Passado, presente, futuro da pesquisa interdisciplinar. **Revista Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, nº 121, 7-27, abril/junho de 1995.

HABIB, Sérgio. **Escritos Penais (e outros escritos).** Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998.

HENNIG, Brett. **The End of Politicians: Time for a Real Democracy.** London: Unbound, 2017.

HESPANHA, Antônio Manuel. **História das Instituições: Épocas medieval e moderna.** Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Edipro, 2015.

HOMERO. **Ilíada.** Porto Alegre: L&PM, 2016.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal, vol. V.** São Paulo: Revista Forense, 1981

_____. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/60191912/FRASES-Encerramento-de-Peticoes-etc>>. Acesso em 23 de maio de 2023.

INCHAUSPÉ, Dominique. L'intime conviction en droit français et dans la tradition juridique anglo-saxonne. In **Annales Médico-Psychologiques** 173 (2015) 603–605.

JACOURT, Louis. **Lei natural**. ALEMBERT, Diderot E D'. Enciclopédia política - volume 4. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

_____. **Pena**. ALEMBERT, Diderot E D'. Enciclopédia política - volume 4. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

_____. **Piedade**. ALEMBERT, Diderot E D'. Enciclopédia política - volume 5. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

_____. **Virtuoso, homem; Vicioso, homem**. ALEMBERT, Diderot E D'. Enciclopédia política - volume 5. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoria de la pena**. Trad. Manuel Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JAKOBS, Günther. ¿Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *In Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Vol. 7, N. 11., Buenos Aires, 2001.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normatización de la domática jurídico-penal**. Trad. Manuel Meliá e Bernardo Sánchez. Madrid: Editora Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2015.

JOSEPH, Irmã Miriam. **O trivium: As Artes Liberais da Lógica, da Gramática e da Retórica**. São Paulo: É Realizações, 2008.

JURY Encyclopaedia Britannica. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1973. p. 159-160. v. 13.

KEANE, John. **Vida e morte da democracia**. Trad. Clara Colloto. São Paulo: Editora 70, 2010.

KIERKEGAARD, Søren. **La Reprise**. Paris: Flammarion, 1990.

KIRCHER, Luís Felipe. **Visão crítica (garantista) acerca do tribunal do júri**. Disponível em <www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em 15 de abril de 2023

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm> >. Acesso em: 10 março de 2021.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LACAN, Jacques. **O seminário, livro 3: as psicoses (1955-1956)**. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Tradução de Aluísio Menezes. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

LACAN, Jaques. **O seminário, livro 11: Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1988.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M.A. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. São Paulo: Edijur, 2020.

LOPES, José. **A Estrutura quântica da matéria: do átomo pré-socrático às partículas elementares**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências, 1993.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LÚLIO, Raimundo. **O livro dos mil provérbios**. São Paulo: Editora Escala, 2007.

LYRA, Roberto. **O Suicídio Frusto e a Responsabilidade dos Delinquentes Passionais**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1935.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito Penal Adjetivo e do Direito Penal Executivo**. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1969.

MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça Criminal, Estado de direito e Democracia: entre o discurso e as práticas, contradições e desafios**. In *Justiça Criminal e Democracia*. Org. Geraldo Prado. São Paulo: Editora do Brasil, 2013.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185- 199**, dezembro de 2010.

MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. Trad. Stephan Darcie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAIA, Kenia Soares; ZAMORA, Maria Helena Navas. O Brasil e a lógica racial: do branqueamento à produção de subjetividade do racismo. **Psicol. clin.** Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 265-286, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARONIS, Publio Virgilio. **Eneida**. Livro II. Tradução de Manuel Odorico Mendes, 1854. eBooksBrasil.com. Disponível em < <https://www.ebooksbrasil.org/eLibris/eneida.html#2>> Acessado em 07/02/2024.

MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997

MARQUEZ, Gabriel Garcia. **100 anos de solidão**. Rio de Janeiro: Record, 1967

MARREY, A. et al. **Júri: Teoria e Prática**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

MARTINEZ, Georgio Peces-Barba. **Derecho y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MARTINS, Riu Cunha. **O ponto cego do direito: The Brazilian Lessons**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MENDES, Paulo de Souza. Medida da Prova. *In Prova Penal Teórica e Prática*. Coord. Paulo de Souza Mendes e Rui Soares Pereira. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

MONTERO, Frederico. **Equivalentes funcionales de la pena retributiva: Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión.** Bogotá: Atelier Libros Jurídicos, 2024.

MOREIRA, Rômulo De Andrade. **Estudos de direito processual penal: Temas Atuais.** São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006.

_____. **O Júri, a presunção de inocência e, como sempre, os fascistas de plantão...**

Disponível _____ em

<http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=228_Romulo_Moreira&ver=2659>

Acesso em 3 de maio de 2023.

MORENO, Faustino Cordon. **Las grantías constitucionales del proceso penal.** Navarra: Aranzadi Editorial, 1999.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Editora Meridional, 2005a.

MORIN, Edgar, KERN, Anne-Brigitte. **Terra-pátria.** 5. ed. Tradução: Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005b.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri crimes e processo.** São Paulo: Editora Atlas, 1999.

NABUCO, Joaquim. **Migalhas de Joaquim Nabuco - volume 1.** 1 ed. São Paulo: Editora Migalhas, 2015.

NEVES, L. M. B.; JANKOSKI, D. A.; SCHNAIDER, M. J. **Tutorial de Pesquisa Bibliográfica.** Curitiba. 2013. 48 p. Apresentações em powerpoint.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano.** São Paulo: Companhia de Bolso, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência: parte 1.** São Paulo: Editora Escala, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. **O livro do filósofo.** São Paulo: Editora Centauro, 2001.

_____. **Aurora.** 1 ed. São Paulo: Companhia de Bolso, 2016.

_____. **Genealogia da moral.** São Paulo: Companhia de Bolso, 2009a.

_____. **Escritos sobre direito**. 3 ed. Rio de Janeiro PUC-Rio; São Paulo: Ed. Loyola, 2009b.

_____. **O anticristo**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012.

_____. **O nascimento a tragédia**. 2 ed. São Paulo: Editora Escala, 2011.

_____. **Obras Incompletas**. Seleção de textos: Gerard Lebrun. Tradução e notas: Rubens Rodrigues Torres Filho. Posfácio: Antonio Cândido. 3. ed. São: Abril Cultural, 1983.

NOJIRI, Sérgio. **O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Tribunal do júri**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PALMA, Maria Fernanda. **O Princípio da Desculpa em Direito Penal**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

PARADA NETO, José. **Vademecum do advogado criminal**. São Paulo: Editora Jurídica Beasileira, 1998.

PESSOA, Fernando. **Obra poética em um volume**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar S.A., 1986.

PINTO, Frederico da Costa. **A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime – Volumes I e II**. Lisboa: Almedina, 2013.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates banquete**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Tribunal do Júri. Sessão de julgamento e assentada especial. Protestos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Ney. **A Defesa do Estado das Instituições Democráticas**. *In* A Constituição Brasileira 1988. Org. Yves Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.

PRESTES, M. L. **A pesquisa e a construção do conhecimento científico**: do planejamento aos textos, da escolha à academia. 3. ed. São Paulo: Rêspel, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMIREZ, Juan José; Mararée, Hernán. **Lecciones de derecho penal – parte general**. Madrid: Trotta, 2006.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: Visão linguística, histórica, social e jurídica. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

REVISTA DE ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS. A filosofia é fundamental à existência humana: a última entrevista de Félix Guattari na televisão francesa. Tradução da entrevista realizada no programa “Grandes Entrevistas” da televisão francesa em 1991 e publicada nas “Éditions de L’aube”. Paris, 2005. Tradutores Alfredo Martine Cláudio de Azevedo. UNISINO, REU, Sorocaba, v. 39, n. 2, p. 555-586, dez. 2013.

RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone Beneditti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a.

RICOEUR, Paul. **O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. Trad. Ivone Beneditti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008b.

SAMPAIO, Sérgio Humberto. **Princípio da motivação, ou fundamentação, das decisões judiciais, cf. Art. 93, IX**. In Princípios penais constitucionais. Org. Ricardo Shmitt. Salvador: Editora Podivm, 2007.

SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. I**. 4.^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília - DF: ESMPU, 2016.

SILVA, David Medina. **Do procedimento no tribunal do júri**. In Teoria e prática dos procedimentos penais e ações de impugnação. Org. Charles Emil Machado Martins. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009

SILVA, E. L. MENEZES, E. M. **Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação**. 4. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SOMMERVILE, Jessica *et al.* **Infants' prosocial behavior is governed by cost-benefit analyses**. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0010027718300891>> Acessado em 03 de agosto de 2023.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. **American Sociological Review**. Indiana, v. 5, n. 1, p. 1-12, feb. 1940.

TASSE, Adel El. **Tribunal do Júri – Fundamentos – Procedimentos – Interpretação em acordo aos princípios Constitucionais**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

TELLES, José Correia. **Comentário Crítico à Lei da Boa Razão**. Lisboa: Typografia de M.P. de Lacerda, 1824.

TURING, Alan. On computable numbers, with an application to the entscheidungsproblem. **Proceedings of the London Mathematical Society**. 58: 230–265. 1936.

VAINSENER, Semira; FARIAS, Ângela. Júri popular: algumas possibilidades de condenação ou absolvição. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/189/r133-02.PDF?sequence=4>>, Acessado em 18 de abril de 2023.

VALE, Ionilton Pereira. **O Tribunal do Júri no contexto do Devido Processo legal: Uma crítica ao Tribunal do Júri puro em comparação com os modelos do escabinado e do assessorado**. 2014. Tese de doutoramento no curso de Direito Penal Ciências e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa.

VIEIRA, Antônio. **Migalhas de padre Antônio Vieira**. 1 ed. São Paulo: Editora Migalhas, 2016.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri: Na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania**. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.