



HABEAS CORPUS 118.770 DO STF: DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS. MAIS UMA VIOLÊNCIA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Habeas Corpus 118.770 of STF: fundamental Rights against Fundamental Rights. One
more violence

Revista dos Tribunais | vol. 983/2017 | p. 155 - 175 | Set / 2017
DTR\2017\5533

André Luiz Nicolitt

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF e Professor Permanente do Mestrado da Faculdade de Direito de Guanambi. Juiz de Direito – Titular do Juizado de Violência Doméstica de São Gonçalo – TJRJ. - anicolitt@gmail.com

Área do Direito: Constitucional; Penal; Processual

Resumo: O presente artigo tem por objetivo uma análise crítica do *Habeas Corpus* 118.770 julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. O voto vencedor promove mais uma lesão ao princípio da presunção de inocência. Os fundamentos do voto prevalente acabam por revelar o despreparo da Corte para cumprir o que talvez seja sua maior missão, a saber: aplicar, efetivar, proteger e interpretar o sistema de direitos fundamentais. A crítica se justifica, vez que no julgado se utiliza uma garantia constitucional do indivíduo em detrimento do próprio indivíduo e em benefício do Estado..

Palavras-chave: Direitos Fundamentais - Tribunal do Júri - Presunção de Inocência - Soberania dos Vereditos - Prisão

Abstract: The objective of this article is a critical analysis of *Habeas Corpus* 118,770 judged by the 1st Panel of the Federal Supreme Court. The winning vote promotes a further damage to the principle of presumption of innocence. The foundations of prevailing voting tend to reveal the Court's lack of preparation to fulfill what may be its greatest mission, namely to apply, implement, protect and interpret the fundamental rights system. Criticism is justified, since in this judgment a constitutional guarantee of the individual is used to the detriment of the individual himself and for the benefit of the State.

Keywords: Fundamental Rights - Jury court - Presumption of Innocence - Sovereignty of Verdicts - Prison

Sumário:

1 Introdução: apresentação da tese do HC 118.770 - 2 Da “não concessão da ordem de ofício” - 3 Do aparente conflito entre a presunção de inocência e a soberania dos vereditos - 4 Conclusão - 5 Referências Bibliográficas



1 Introdução: apresentação da tese do HC 118.770

Em 07 de março do corrente ano (2017), a 1ª Turma do STF se debruçou sobre o HC 118.770/SP, para decidir sobre a liberdade do paciente que se encontrava preso há nove anos, cinco meses e 21 dias, aproximadamente, sem que a condenação do Tribunal do Júri tivesse transitado em julgado. É bem verdade que o caso poderia simplesmente ter sido resolvido pelo não conhecimento do *Habeas Corpus*, ao argumento de que se tratava de HC substitutivo de recurso ordinário, reproduzindo-se os precedentes da Corte, também criticáveis, que restringem o manejo do instituto do habeas corpus nos tribunais superiores.

No entanto, o que nos preocupa, de certa forma, no julgado em apreço, é que apesar de se tratar de um habeas corpus que buscava a liberdade do paciente, julgado por órgão fracionário da Corte, a estrutura da decisão, bem como suas razões, revela, como veremos, certa pretensão de tese a ser estabelecida. Vale transcrever a ementa:

STF – HC 118.770, Rel. Ministro Roberto Barroso.

Ementa: Direito Constitucional e Penal. *Habeas corpus*. Duplo homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. *Habeas corpus* não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “*A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.*”

Da ementa acima, e também do voto, nota-se que o caso não foi resolvido sob o prisma do não conhecimento do habeas corpus, tampouco sob a ótica da prisão cautelar, pois o título prisional inicial do paciente era cautelar. Sequer resolveu-se pelo entendimento lamentavelmente consagrado no ARE 964.246/SP do STF, no qual se firmou o entendimento de que após a confirmação da condenação pelo segundo grau a execução provisória da pena não viola a presunção de inocência, sendo certo que na altura do julgamento, conforme relatório, a condenação do júri já havia sido confirmada pelo Tribunal de Justiça nos autos da apelação, pendendo apenas o julgamento de Agravo em Recurso Extraordinário. Mas não, a solução pautou-se, ao que tudo indica, em uma nova possibilidade de execução provisória, ou seja, aquela decorrente da condenação pelo tribunal do júri.



Destaque-se da ementa duas questões que merecem análise: 1. Habeas Corpus não conhecido por inadequação da via eleita, porém, e o que a nosso ver é grave, “não concedida”, ou seja, denegada a ordem “de ofício”; 2. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” Há que se destacar que no início da ementa a tese é explicitamente anunciada nos seguintes termos: Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade.

Em síntese, no voto do Min. Barroso, ficou consignado que, em razão do princípio da soberania dos vereditos, no início da execução da pena, na pendência de recurso, mesmo de apelação, não há violação à presunção de inocência, vez que o tribunal não pode reformar a decisão soberana do júri.

Com efeito, no primeiro momento iremos analisar o problema da “não concessão da ordem de ofício” em sede de habeas corpus impetrado pelo paciente. Em seguida, cuidaremos da solução dada pelo voto vencedor ao aparente conflito entre a soberania dos vereditos e a presunção de inocência.

2 Da “não concessão da ordem de ofício”

O § 2º do art. 654 do CPP (LGL\1941\8) dispõe que os juízes e tribunais podem, “de ofício”, expedir ordem de habeas corpus. Como é sabido, o termo “de ofício” ou “ex officio” relaciona-se a provimentos ou atos do juiz sem que tenha havido provocação das partes. Segundo o clássico dicionário jurídico de De Plácido e Silva¹, “de ofício” significa “ato processual determinado pelo juiz, segundo os termos da lei, sem que se torne necessário pedido ou requerimento das partes contendoras”. Encontra-se ainda na mesma obra que “ex officio” relaciona-se à “ideia do processo ou ato que se processa sem interferência ou pedido das partes interessadas”.

Na tradição jurídica brasileira, o habeas corpus, como instrumento de tutela da liberdade, é uma das exceções do princípio “*ne procedat iudex ex officio*”. No Código de Processo Criminal do Império (1832), em seu art. 344, estava disposto que

Independentemente de petição qualquer Juiz póde fazer passar uma ordem de - Habeas-Corpus - ex-officio, todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, (...) que algum cidadão, Official de Justiça, ou autoridade publica tem ilegalmente alguém sob sua guarda, ou detenção.

A Reforma Judiciária de 1871 fortaleceu a ideia acima nos termos da Lei 2.033, ampliando o rol de coatores, inclusive para militares.

Na República, com idêntico conteúdo do Código do Império, o habeas corpus de ofício foi contemplado pelo art. 48 do Decreto 848/1890. De igual maneira, os códigos estaduais do período da descentralização processual, decorrente da primeira Constituição Republicana (LGL\1988\3), também contemplaram, em sua generalidade, o habeas corpus *ex officio*².

Até mesmo o Código de Processo Penal Militar de 1969, embora restrito ao Tribunal, prevê a possibilidade de habeas corpus *ex officio* em seu art. 470, 2ª parte.



Na doutrina, tradicionalmente se entendeu tal possibilidade como algo inerente, “natural” à função judicial de tutelar a liberdade, vale citar por todos, Câmara Leal³, Espínola Filho⁴, Bento de Faria⁵, Florêncio de Abreu⁶ e Rui Barbosa⁷.

Com efeito, o juízo ou tribunal, examinando autos ou papéis sob seu juízo, deparando-se com qualquer ilegalidade que importe prejuízo ao direito de locomoção poderá, sem que se tenha havido pedido, expedir ordem de habeas corpus para a tutela da liberdade individual.

A Constituição dispõe que (art. 5º, LXVIII) conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, pouco importando se tal ilegalidade foi perpetrada ou tolerada por decisão de relator de tribunal superior que indeferiu liminar em habeas corpus anterior.

Todavia, para evidenciar a lógica do estado de exceção e do poder soberano que decide quando o direito vale ou deixa de valer⁸, o STF editou a súmula 691, que dispõe: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

A partir de então, o habeas corpus, que é a regra diante de ilegalidades, passa a ser a exceção no STF, vez que a súmula se torna regra que excepcionalmente é afastada, apenas quando reconhecida “manifesta ilegalidade” ou “situação teratológica”. O fato é que ilegalidade já é um adjetivo cujos efeitos não podem depender de outros adjetivos. Uma ilegalidade que viola o direito de locomoção, por si só, desafia, ao teor da Constituição, habeas corpus e não precisa, para tanto, ser qualificada (adjetivada) de ilegalidade “manifesta”, “absurda” ou “teratológica”, basta que seja a mais pura e simples ilegalidade.

No entanto, não pertence aos objetivos do presente ensaio uma crítica à malsinada Súmula 691 (MIX\2010\2414) do STF. Aqui pretendemos criticar a técnica adotada pelo STF para resolver a armadilha que a súmula lhe criou. Isto porque o verbete veda o conhecimento do habeas corpus, todavia, há casos em que a própria Corte fica tão desconfortável com a ilegalidade evidenciada que não consegue suportar os limites impostos pela súmula. Assim, para sair da camisa de força, anteriormente adotou a técnica de “afastar” a súmula por razões “excepcionais”. Posteriormente, passou a não conhecer do habeas corpus, mas conceder a ordem *ex officio*.

Para ilustrar, lancemos os olhos em julgados antigos do STF (2008):

Ementa: Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Inquérito da Corregedoria da Polícia Civil. Ausência de justa causa para o prosseguimento da investigação. Alegação não configurada. Materialidade. Reexame de provas. Inviabilidade. Precedentes. Súmula 691. I – Evidenciada possível ocorrência de fato típico, mostra-se inidônea a via do habeas corpus para o trancamento de investigação policial, que constitui medida de natureza excepcional, sobretudo mediante uma cognição e decisão *per saltum*. II – Não tendo sido apreciada a matéria de mérito na instância a quo, não pode esta Suprema Corte dela conhecer, até porque tal poderia ocorrer em prejuízo dos interesses do próprio impetrante. III – A superação da Súmula 691 (MIX\2010\2414) do STF só é possível diante de evidente de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. IV – Habeas corpus não conhecido. (HC

93.589/BA, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10.06.2008).

No referido *habeas corpus*, por força da súmula 691 do STF, não se conheceu da impetração, ou seja, houve uma extinção sem apreciação do mérito, por inadequação da via. Vale observar outro julgado no mesmo ano.

Habeas corpus – Impetrações sucessivas – Verbete nº 691 – Excepcionalidade não configurada. Uma vez não configurada excepcionalidade a ditar o afastamento do Verbete nº 691 da Súmula do Supremo, impõe-se o indeferimento da ordem. (STF, HC 92.289/SP, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.10.2008).

No caso acima, a súmula não gerou o “não conhecimento” do *habeas corpus*, e sim o indeferimento da ordem, ou seja, expressão utilizada quando se aprecia o mérito da impetração. No caso seguinte é reconhecida a “flagrante ilegalidade” e a ordem, excepcionalmente, é concedida:

Ementa: penal. Processual penal. Habeas corpus. Associação para o tráfico. Art. 35 da LEI 11.343/06. Prisão provisória. Excesso de prazo. Condições objetivas e subjetivas. Multiplicidade de réus que não pode, por si só, justificar a extensão desmesurada da constrição. Superação excepcional da Súmula 691. Ordem concedida. I – Primariedade e bons antecedentes, por si mesmos, não são aptos a desconfigurar a prisão preventiva, mas podem ser interpretados em favor do paciente para aquilatar-se a necessidade da prisão cautelar. II – Conquanto o writ não se preste à análise aprofundada de provas, a falta de razoabilidade da prisão cautelar, em relação ao paciente, pode ser depreendida, em parte, pelo teor indiciário acostado aos autos. III – Retardo desmesurado no recebimento da denúncia não pode ocorrer em prejuízo do paciente, ainda quando haja vários co-imputados. IV – Súmula 691 desta Corte pode ser superada em caso de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. Precedentes. V – Ordem concedida. (STF, HC 93739/PR, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.05.08.2008).

Neste *habeas corpus*, a Corte excepcionou a súmula e concedeu a ordem, ou seja, julgou procedente o pedido do *habeas corpus*. Nesta altura (2008) já não havia muito rigor na técnica, vez que ora se conhecia ou não conhecia do *habeas corpus*, outra se indeferia ou concedia a ordem. Passados os tempos, e quiçá ser estranha esta técnica de criar exceções para a súmula, que, aliás, por não serem tão raras assim, ameaçavam a própria regra, a técnica mudou. O STF passou a não conhecer da impetração, por força da súmula, porém quando for o caso, concede a ordem “de ofício”. Vejamos uns exemplos:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Crime de estupro de vulnerável. Artigo 217-A do Código Penal. Incidência da súmula nº 691 do STF. Writ não conhecido. Deferimento da ordem *ex officio* para determinar o julgamento do HC nº 320.489 pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 127.911/SP, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 07.03.2017).

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. 3. Segregação cautelar mantida com base, apenas, na gravidade abstrata do crime. 4. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 5. Súmula 691. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 6. Ordem concedida, de ofício,



confirmando liminar previamente deferida para revogar o decreto prisional expedido em desfavor do paciente, se por algum outro motivo não estiver preso, determinando ao Juízo de origem a análise da necessidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP (LGL\1941\8).

A Turma, por votação unânime, não conheceu do habeas corpus e, por maioria, superando a restrição fundada na Súmula 691 (MIX\2010\2414) do STF, concedeu, de ofício, a ordem para, confirmando a liminar deferida, revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente Sidclei Rosa da Silva, determinando ao Juízo de origem que analise a necessidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP (LGL\1941\8), nos termos do voto do Relator, vencida a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 23.8.2016 (HC 133289/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.08.2016.).

É de se perceber que nos dois julgados (2017 e 2016) a técnica foi “não conhecer do *habeas corpus*”, porém “conceder a ordem de ofício”.

Trata-se de técnica de inspiração sofista, pois, como “conceder de ofício” uma ordem que foi expressamente pedida. O órgão julgador foi provocado exatamente para conceder a ordem. Como se disse acima, no dicionário jurídico, conceder de ofício só é possível quando não houve provocação da parte.

Com efeito, a técnica adotada é algo absolutamente atécnico, que só se explica em razão da armadilha gerada pela Súmula 691 (MIX\2010\2414) do STF, da qual não quer a Corte ficar refém e, portanto, cria um verdadeiro “drible retórico” para resolver o problema criado pelo enunciado sumular.

Porém, o julgamento em exame apresenta problema ainda mais grave, vez que, como se extrai da ementa, no HC 118.770 procedeu-se com estranha técnica de “não conhecer”, mas “denegar de ofício”. Ora, se não conhecer e conceder de ofício já é uma prática teratológica, “não conhecer” e “denegar de ofício” é algo para o qual não encontramos adjetivo. Tal conclusão resulta principalmente quando sabemos que é possível conceder ordem de habeas corpus “de ofício” por força do art. 654 do CPP (LGL\1941\8) e da tradição do instituto do habeas corpus na tutela da liberdade. Todavia, não vemos previsão legal para se “denegar habeas corpus de ofício” como ocorreu no HC 118.770 do STF.

Pensando no contexto da Súmula 691 (MIX\2010\2414) do STF, ou seja, um Ministro do STJ nega liminar, o mérito do HC não foi julgado pelo STJ, o paciente impetra habeas corpus para o STF, este deixa de conhecer o habeas corpus para conceder a liberdade, vez que seria supressão de instância, à luz da Súmula 691, porém, “denega a ordem de ofício” suprimindo instância contra a liberdade do paciente, gerando prejuízo ao habeas corpus do STJ que não poderá mais apreciar o mérito.

Tal hipótese, guardada certa proporção, faz lembrar o *Habeas Corpus* 010.352 do TJSP, no qual o paciente buscava rever a fiança, o Desembargador José Damião Cogan denegou a ordem e decretou de ofício a prisão do paciente, o que por sorte foi anulado pelo STJ por meio do HC 361.482, por decisão do Ministro Nefi Cordeiro, que “mitigou” a Súmula 691, por estar diante do que classificou de “manifesta ilegalidade”, e concedeu a ordem de



habeas corpus, permitindo a liberdade ao paciente.

Em síntese, a primeira crítica que se faz ao indigitado *Habeas Corpus* 118.770 do STF refere-se a uma questão de forma, consistente na inconcebível ideia de “não conhecer de *habeas corpus* e denegar a ordem *ex officio*”. Passemos, então, à questão de fundo.

3 Do aparente conflito entre a presunção de inocência e a soberania dos vereditos

A questão de forma da decisão em apreço já é algo lamentável, a questão de fundo ainda é pior. A solução dada para o caso é algo absolutamente inadequado, superficial, que só se explicaria eventualmente por ausência de afinidade com o processo penal, destacadamente no aspecto prático, ou seja, a experiência forense. Passemos, então, a sistematizar a análise.

3.1 Da natureza jurídica e da função da soberania dos vereditos e da presunção de inocência

O princípio da soberania dos vereditos está previsto na alínea “c” do inciso XXXVIII do art. 5º da CRF/88, portanto, sob o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Com efeito, não há dificuldade alguma em reconhecer em tal princípio a natureza jurídica de direito fundamental, como bem o faz Sérgio de Oliveira Médice⁹, dentre tantos outros.

No tribunal do júri, marcado pela plenitude de defesa e a íntima convicção dos jurados leigos, entendeu por bem o constituinte assegurar ao réu não só o julgamento por seus pares, mas que este fosse soberano. A soberania refere-se à decisão sobre o fato, até porque a decisão sobre a pena é do juiz presidente e pode, inclusive, ser reformada pelo Tribunal. Assim, a soberania em nada se refere à pena, tampouco à prisão cautelar ou início da execução da pena fixada pelo juiz presidente. A decisão dos jurados é sobre o fato.

Por sua vez, a presunção de inocência também está prevista no art. 5º da CRF/88, precisamente em seu inciso LVII, com a redação de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O princípio apresenta-se como regra de julgamento, fixando o ônus da prova para acusação e proclamando o *in dubio pro reo*, atuando também como regra de tratamento, servindo como limitação teleológica à aplicação das prisões cautelares¹⁰, ou seja, a prisão antes do trânsito em julgado só pode ocorrer por razões cautelares, vez que a presunção de inocência veda a antecipação da pena.

De igual modo, então, possui a presunção de inocência a mesma natureza jurídica, qual seja, direito fundamental.

Para fins do presente, poderíamos adotar a seguinte definição dos direitos fundamentais: são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais¹¹ e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual¹² e, para nós, limitando, também, as relações jurídicas privadas¹³.

Juliana Valenzuela¹⁴ se coloca diante de grande interrogação sobre a capacidade da ética e da lei para que os seres humanos de hoje e do futuro possam ser verdadeiramente donos



do processo histórico e técnico-científico, conduzindo-os a metas racionais e humanizadas. A sua própria indagação afirma que deposita sua esperança na força vital do “contrapoder” que representa os valores dos “direitos humanos”. Arremata seu sentimento de esperança lembrando o poeta Friedrich Hölderlin, que, em seu hino Patmos, afirma “lá onde cresce o perigo, cresce também a salvação”.

Em um mundo dominado pela biopolítica e pelo biopoder, e diante do possível domínio destes também no âmbito do processo penal, seja no campo da prova, seja no das medidas cautelares pessoais, os direitos fundamentais, como réplica e contrapoder, mostram-se como um signo de esperança, embora saibamos que o direito por si só não é capaz de deter a violência e dignificar o homem com bem indicou Agamben¹⁵.

Quanto às origens, embora alguns autores não valorizem tanto a Magna Charta de 1215 como um importante referencial na construção histórica dos direitos fundamentais, em razão de se tratar de pacto de domínio no qual o Rei, por meio de compromissos concretos, obrigava-se a respeitar direitos e liberdades¹⁶, temos que este documento, até por ter sido confirmado por sucessivos reis e ter se transformado na “lei fundamental” inglesa, bem como ter sido importante marco de consagração de princípios hoje positivados como o *due process of law*, traduz-se em notável contribuição na caminhada de inscrição dos direitos fundamentais no mundo.

Todavia, a primazia do indivíduo sobre o Estado surge mesmo com o contratualismo que tem por base a liberdade política e as liberdades individuais. Estas ideias foram relevantes na abertura do caminho que culminou em dois grandes marcos históricos de consagração dos direitos fundamentais, a saber: a Revolução Francesa e a Revolução Americana.

As conquistas de direitos dos ingleses durante o século XVII pelas revoluções Puritana e Gloriosa, que permitiram a sucessiva cristalização de importantes aspectos das liberdades, como o Habeas Corpus Act (1679), o direito de petição e a vedação de tribunais de exceção expressos no *Bill of Rights* (1689), ecoaram nas colônias e floresceram na Revolução americana como direitos dos homens expressos nas Declarações de Direitos dos Estados, destacadamente a Declaração de Direito do Povo da Virgínea (1776) e mais tarde na Constituição Federal (1787).

Em seguida, a Revolução Francesa foi radical e decisiva na afirmação jurídica dos direitos fundamentais por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que proclamou como essenciais ao Estado Constitucional a garantia dos direitos fundamentais e a separação dos poderes (art. 16).

Com efeito, o ideário da limitação do poder, por meio da doutrina da separação dos poderes, passou a andar lado a lado com o intuito de proteção aos direitos e liberdades individuais, e destacamos aqui a associação entre liberdade e poder.

É bem verdade que a efetiva limitação ao poder só vai aparecer com a inscrição dos direitos dos homens no quadro constitucional, ou seja, com a positivação constitucional dos direitos. Por força desta concepção filosófica e inspiradas no art. 16 da Declaração de 1789, as Constituições pelo mundo passaram a agasalhar os direitos fundamentais. Curiosamente, a França manteve os direitos fundamentais fora do texto constitucional, quiçá para evidenciar sua natureza supraconstitucional¹⁷.



Os Direitos Fundamentais, no primeiro momento de sua positivação, aparecem como fruto do pensamento liberal do século XVIII, nitidamente individualista, exibindo-se como direitos do indivíduo contra o Estado. Tratava-se de um catálogo de limites que visavam a não intervenção estatal na autonomia do indivíduo, isto é, um leque de limites ao exercício do poder¹⁸.

Tais direitos que correspondiam mais a um dever de abstenção do Estado foram chamados de liberdades negativas. Desta forma, não há dúvida de que a história dos direitos fundamentais está associada à proteção do indivíduo e à limitação do poder estatal. Esta noção é essencial para qualquer atividade interpretativa e de aplicação dos direitos fundamentais e ao que nos parece, como demonstraremos a seguir, isto foi olvidado no julgamento do HC 118.770 do STF.

Por fim, cumpre destacar que não nos estimula uma discussão sobre as justificações dos direitos fundamentais, pois comungamos da concepção de Bobbio quando alerta que o problema central em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político¹⁹.

Com efeito, não podemos ver na soberania dos vereditos e na presunção de inocência, como direitos fundamentais que são, institutos voltados a proteger o Estado em detrimento do homem.

3.2 Do sistema de direitos fundamentais potencialmente colidentes e o valor que lhes dá concordância prática. Critério de Ponderação

No cenário constitucional advindo no pós 2ª guerra mundial, e diante da complexidade da sociedade contemporânea, bem como da velocidade dos acontecimentos, inevitavelmente a subsunção não dará conta para a solução de todos os casos e nos chamados *hard cases*, ou casos difíceis, surge o tema da ponderação.

De forma geral, a ponderação pode ser descrita “como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês “hard cases”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”²⁰.

A própria natureza dos direitos fundamentais – por serem potencialmente colidentes – revela a necessidade de se pensar na insuficiência da subsunção para concordância prática do sistema de direitos fundamentais.

Com efeito, parece-nos que é inevitável reconhecer a importância da ponderação. Mesmo Ferrajoli – não obstante sua posição crítica ao tema – destaca que há espaços de incidência da ponderação judicial atinentes à interpretação jurídica, espaços estes que se tornam mais amplos quando estamos diante de princípios. Afirma, ainda, que não é possível subestimar a importância da teoria da argumentação desenvolvida por Robert Alexy e Manuel Atienza, voltada à racionalidade da discricionariedade do Poder Judiciário. Contudo, a crítica que se faz refere-se à excessiva ampliação da ponderação, seja legislativa, seja judicial. Esta excessiva amplitude, para o autor, transforma a ponderação em uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chega mesmo a esvaziar e tornar inaplicáveis as normas constitucionais.²¹

Ademais, os tribunais no Brasil, com uso descriterioso da teoria de Robert Alexy,



transformaram a ponderação em um enunciado performático, um alibi teórico, capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. A ponderação não consiste em colocar dois princípios em uma balança e se apontar para aquele que pesa mais, escolhendo-o. Esta está longe de ser a concepção alexyana.²²

Já tivemos oportunidade de assinalar²³ que a dignidade humana é o farol que ilumina a ponderação, ou seja, é o critério para definir o princípio, valor ou interesse prevalente. Ana Paula Barcellos, ao escrever sobre os parâmetros normativos para a ponderação, deixa claro que a solução deve ser a que “prestigia a dignidade humana”, tendo esta preferência sobre as demais. A centralidade constitucional da pessoa humana, sua dignidade, deve ser a diretriz que indica qual princípio a ser sacrificado no caso concreto e qual deve prevalecer. A dignidade humana servirá de parâmetro, diante das soluções possíveis que se chocam, deverá ser escolhida a que fortalece a ideia de dignidade humana²⁴ e não a que prestigia o direito de punir etc.

Como ensina Jorge Miranda, a dignidade humana confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Este princípio funciona como fonte ética, fazendo da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.²⁵ A ideia de unidade de sentido e concordância prática indica claramente sua função de balizar a solução que envolve a colisão entre direitos fundamentais.

Com efeito, não podemos deixar de fazer uma nota sobre o sentido deste conceito vago e indeterminado que é a dignidade da pessoa humana.

É difícil precisar o sentido do enunciado dignidade humana, porém a chamada teoria de cinco componentes²⁶ parece adequada à realidade constitucional brasileira. Transportando para a Constituição pátria o mesmo raciocínio de Canotilho em relação à Constituição Portuguesa, vê-se que a base antropológica remete ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado.

Daí se extrai uma integração dos direitos fundamentais, iniciando pela afirmação da integridade física e espiritual do homem como aspectos irrenunciáveis de sua individualidade, seguindo com a garantia da identidade e integridade da pessoa por meio do desenvolvimento de sua personalidade e passando à chamada libertação da angústia da existência da pessoa, libertação realizada por intermédio dos mecanismos sociais de providências que garantam possibilidade de condições mínimas existenciais. O quarto componente é a consagração da autonomia individual por meio da limitação dos poderes públicos relativamente aos conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito, e, por fim, o quinto componente reside na dignidade social, ou na igualdade de tratamento normativo, ou seja, igualdade perante a lei.²⁷

Referida teoria atende aos preceitos de nossa Constituição, basta correr os olhos entre os arts. 1º e 16 da CF/1988 (LGL\1988\3), dos quais destacamos o direito à vida, à igualdade e à liberdade (art. 5º), à privacidade (art. 5º, X, XI e XII), a presunção de inocência (LVII), às limitações ao arbítrio do Estado (art. 5º, LIII e ss.), aos direitos sociais (art. 6º) e aos direitos políticos (art. 14).

Não obstante a dificuldade, como acentuou Canotilho, de se definir positivamente a dignidade humana traduzindo o que ela é e o que ela impõe, a doutrina alemã afirma que



é mais fácil definir negativamente a dignidade humana, ou seja, perceber quando ela é violada. Diz-se que a dignidade humana é agredida sempre que o homem é reificado, ou seja, reduzido a um objeto. Trata-se da chamada fórmula-objeto de Dürig.

Esclarece Häberle que a fórmula-objeto de Dürig constitui a construção teórica que na atualidade pode ser tida como a mais convincente para a compreensão do princípio da dignidade humana do art. 1º, I, da Lei Fundamental Alemã. Segundo o autor, essa fórmula possui independência jurídica em face de sua derivação filosófica, encontrando supedâneo na prática dos casos concretos há décadas.²⁸

Kloepfer ensina que, de acordo com a fórmula-objeto, a dignidade humana é atingida quando a pessoa humana se torna um mero objeto do agir estatal. Alerta ainda que o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao dar concretização a essa fórmula, assinalou que a dignidade é lesada quando o ser humano é exposto a um tratamento que coloca em dúvida a sua qualidade de sujeito, ou que haja um menosprezo arbitrário da dignidade da pessoa humana, mas a doutrina chama atenção para o fato de que também um menosprezo não arbitrário da dignidade da pessoa humana atingiria a esfera de proteção do art. 1º, I, da Lei Fundamental Alemã.²⁹

Esta fórmula, de nítida inspiração kantiana, no sentido de que a pessoa humana deve ser considerada um fim e não um meio, veda toda e qualquer coisificação ou instrumentalização do ser humano.³⁰

A toda evidência, percebemos que a dignidade humana é importante na orientação do processo penal, já que é a raiz das garantias constitucionais que devem inspirar a atividade jurisdicional do Estado, notadamente no que tange às dimensões expostas relativas à individualidade, à liberdade, à autonomia frente ao poder público e à igualdade de tratamento normativo.

Nesta altura, já temos que a dignidade humana é o critério da ponderação ou, preferindo, critério de escolha entre os princípios em jogo. Temos também uma ideia razoavelmente operativa sobre dignidade humana, cabe então analisar o caso proposto.

3.3 Da ponderação (ou escolha) entre a soberania dos vereditos e a presunção de inocência. Crítica ao HC 118.770 do STF

À luz do que foi dito, causa espécie a solução do habeas corpus 118.770, destacadamente porque o relator inclusive organizou a obra "A Nova Interpretação Constitucional", na qual consta boa parte dos critérios de ponderação e da ideia de dignidade humana lançadas acima, destacadamente os textos de Ana Paula Barcellos, não sendo imaginável uma solução tão distante dos ensinamentos ali lançados e com tamanha superficialidade. Para demonstrar, vale apresentar os fundamentos do voto, bem como alguns debates que foram traçados.

Sustenta o Ministro Barroso que:

A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos vereditos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. Diante disso, não viola o princípio da presunção de



inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso.

Alega ainda que

o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.

Em outros termos, a prisão passa a ser a regra e a liberdade à exceção, invertendo-se a lógica constitucional da presunção de inocência.

Também nos parece precipitado e superficial a afirmação de que nulidades e condenações manifestamente contrárias à prova dos autos sejam “hipóteses incomuns” na prática forense envolvendo o tribunal do júri.

Assevera o Min. Luís Roberto Barroso: “Portanto penso que aqui não há arbitrariedade na manutenção no regime de prisão, ainda quando pendente a apelação”. O Min. Marco Aurélio adverte: “Pendente a apelação, ele preso, quando implementei a liminar, há apenas 9 anos, 5 meses e 21 dias”. Prossegue o Min. Barroso:

Sim, eu até penso que, em certos casos, poder-se-ia determinar o julgamento da apelação. Mas creio que, enquanto não desfeita a condenação pelo Júri, prevalece a decisão soberana do Júri. É o que diz a Constituição. Deste modo, o Tribunal sequer pode ele próprio desfazer ou refazer aquela decisão.

Seria mesmo isso que diz a Constituição ao assegurar a soberania dos vereditos? Continuemos na transcrição.

A Min. Rosa Weber parece fazer crer que a presunção de inocência só atua até a sentença de primeiro grau e que excesso de prazo só ocorre na primeira instância, *verbis*:

E eu sempre tenho entendido que o prazo, o excesso de prazo na formação da culpa, é fundamento válido exclusivamente no primeiro grau de jurisdição, antes de uma sentença. Mas depois de uma sentença condenatória, pelo atraso no tribunal, eu não tenho entendido assim.

No esforço de convencer seus pares, o Min. Marco Aurélio insiste: “Porque é possível o provimento da apelação”. Retruca o Min. Barroso:

Não, é até possível, mas como é julgamento pelo Júri, a apelação não pode sequer substituir a decisão do Júri, pode, no máximo, determinar a realização de novo Júri. Portanto, em respeito ao princípio constitucional da soberania do Júri, acho que deve prevalecer a sua decisão.

Nota-se que a corte ignora solenemente a dignidade como critério de ponderação ou de escolha da solução. A soberania dos vereditos é uma garantia fundamental e é usada pela Corte em prejuízo do réu. A questão é singela. Fazer prevalecer a presunção de inocência restitui a liberdade do paciente, fortalecendo sua dignidade. Fazer prevalecer a “suposta”



garantia do réu de soberania dos veredictos implica manutenção de sua prisão na tutela do interesse do Estado.

Temos um absurdo caso de direitos fundamentais sendo fundamentos para se atentar contra a dignidade do acusado. Direito fundamental em prejuízo do réu e em benefício do poder punitivo do Estado. Os fundamentos, os critérios de ponderação como acima indicamos, são solenemente ignorados.

Passando ao largo da técnica contemporânea de ponderação basta recorrer à doutrina clássica do processo penal para encontrarmos solução diversa da que consta no voto vencedor.

Magalhães Noronha, em seu Curso de Processo Penal (1971), já advertia que a soberania do veredito não poderia ser óbice ao direito de liberdade do réu³¹. José Frederico Marques ensinava que

A soberania dos veredictos não pode ser atingida enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentando algum se comete ao texto constitucional. Os veredictos do júri são soberanos enquanto garantem o *ius libertatis*.³²

Primorosa é a lição de Tourinho Filho:

É certo que a instituição do júri, com as suas decisões soberanas, está prevista no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, vale dizer, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Não é menos certo que a Lei Maior tutela e ampara, de maneira toda especial, o direito de liberdade, tanto que lhe dedica todo um capítulo. Assim, entre manter a soberania dos veredictos intangível e procurar corrigir um erro em benefício da liberdade, obviamente o direito de liberdade se sobrepõe a todo e qualquer outro, mesmo porque as liberdades públicas, notadamente as que protegem o homem do arbítrio do Estado, constituem uma das razões do processo de organização democrática e constitucional do Estado.³³

Com efeito, não temos dúvida quanto ao desacerto do voto. Por mais que se pudesse ter à frente um réu que de fato (e temos dúvida quanto a isso) tivesse que permanecer preso por razões cautelares, o que nos assusta é a pretensão de tese apresentada na estrutura do voto.

Queremos crer que este entendimento não fará eco no plenário do STF e tenha sido fruto de um olhar superficial em razão da “via estreita” do habeas corpus. Oxalá também não tome a Corte o hábito de “não conhecer” e “denegar ordem de ofício”, para que possamos ainda guardar a esperança de que a Corte se apresente, para além do plano retórico, como guardiã da Constituição e dos direitos fundamentais.

4 Conclusão

O *Habeas Corpus* 118.770 apresenta um grave equívoco de forma e mais grave ainda equívoco de fundo, o primeiro por criar uma estranha possibilidade de “denegar ordem de habeas corpus *ex officio*”, o segundo por usar garantia fundamental do réu em prejuízo à dignidade do réu, ou seja, direitos fundamentais *pro societate* e contra o réu.



5 Referências Bibliográficas

- ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Revista Forense, 1945, v. 5.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006.
- BARBOSA, Rui. *Lições de Rui*. In: *Páginas coligidas por Heitor Dias*, Bahia, Imprensa Oficial, 1949.
- BARCELLOS, Ana Paul de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORREA, Plínio de Oliveira. O "habeas corpus" de ofício no futuro Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, n. 59, v. 15, 1978.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leornado. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- FARIA, Bento. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1942.
- FERRAJOLI, Luigi et al (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- HERNÁNDEZ, Angel Gil. *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex, 1995.
- LEAL, Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas, 1943, v. 4.
- MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- MÉDICE, Sergio de Oliveira. *Revisão Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NORONHA, Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1971.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, De Placido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.

VALENZUELA, Juliana González. *Genoma Humano y Dignidad Humana*. Barcelona: Anthropos Editoria, 2005.

VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.

1 SILVA, De Placido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2010, p. 588-589.

2 CORREA, Plínio de Oliveira. O "habeas corpus" de ofício no futuro Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, n. 59, v. 15, 1978, p. 157-166.

3 LEAL, Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. 1943, v. 4, p. 207.

4 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Borsoi, 1955, v. 7, p. 217-218.

5 FARIA, Bento. *Código de Processo Penal*. Editora, Livraria Jacinto, 1942, v. 2, p. 253.

6 ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Revista Forense, 1945, v. 5, p. 586.

7 BARBOSA, Rui. Lições de Rui. In: *Páginas coligidas por Heitor Dias*, Bahia, Imprensa Oficial, 1949.

8 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 72. Em Agamben, o poder soberano é o que cria uma zona de indistinção entre violência e direito, entre lei e natureza. O soberano é aquele que mantém a possibilidade de decidir o que é violência e o que é direito e ao mesmo tempo confundi-los. Com efeito, o estado de natureza não foi simplesmente superado pelo Estado civil, ele vive, como estado de exceção, no seio do Estado de Direito, e sua instauração pertence ao poder soberano.

9 MÉDICE, Sergio de Oliveira. *Revisão Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 200.

10 VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 113.

11 O presente conceito pode merecer crítica por não realçar a abertura do sistema de



direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CRF/88), que não exclui direitos previstos em tratados, todavia, para os limites do ensaio afigura-se um conceito operacional.

12 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leornado. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 49.

13 NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 78.

14 VALENZUELA, Juliana González. *Genoma Humano y Dignidad Humana*. Barcelona: Anthropos Editoria, 2005, p. 12.

15 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua I. Op. cit.

16 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 20.

17 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. cit., p. 23.

18 Na doutrina espanhola registra-se: "(...) no cabe duda de que los derechos fundamentales como limitación al poder estatal son um logro del estado de Derecho (...)" (HERNÁNDEZ, Angel Gil. *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex, 1995, p. 12).

19 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 2004, p. 24.

20 BARCELLOS, Ana Paul de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Renovar, 2006, p. 55.

21 FERRAJOLI, Luigi et al (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

22 STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. . In: FERRAJOLI, Luigi et al (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 60-64.

23 NICOLITT, André. *Manual Processo Penal*. Op. cit., p 114.

24 BARCELLOS, op. cit., p. 108-113.

25 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV, p. 180-181.

26 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed.

Coimbra: Almedina, 2003. p. 249.

27 Idem, p. 248-249.

28 HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. Trad. Ingo W. Sarlet e Pedro S. de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

29 KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. Trad.: Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 164.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

31 NORONHA, Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 382.

32 MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 54-55.

33 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 369.