

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
LINHA DE PESQUISA: JURISDIÇÃO E PROCESSO NA CONTEMPORANEIDADE

CLÁUDIA FERNANDA SOUZA DE CARVALHO BECKER SILVA

**UMA ANÁLISE DO TRIBUNAL DO JÚRI DIANTE DAS MATRIZES TEÓRICAS DA
COMMON LAW E DA *CIVIL LAW***

CURITIBA

2018

CLÁUDIA FERNANDA SOUZA DE CARVALHO BECKER SILVA

**UMA ANÁLISE DO TRIBUNAL DO JÚRI DIANTE DAS MATRIZES TEÓRICAS DA
COMMON LAW E DA *CIVIL LAW***

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
Curso de Mestrado Acadêmico em Direito do
Centro Universitário Internacional UNINTER.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

CURITIBA

2018

S586a Silva, Cláudia Fernanda Souza de Carvalho Becker
Uma análise do Tribunal do Júri diante das matrizes
teóricas da Common Law e da Civil Law / Cláudia
Fernanda Souza de Carvalho Becker Silva. - Curitiba,
2018.
125 f.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Direito processual penal. 2. Tribunal do júri. 3. Direito
Comum. 4. Direito Penal. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

Para Nando e Heitor,
minhas razões de viver.
Para meu pai Luiz,
que seja luz onde estiver.

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento especial e meu reconhecimento a meu marido Fernando Henrique, meu incentivador, protetor, meu companheiro de alma, por todo o apoio e compreensão neste período de ausências, por toda sensibilidade e dedicação a mim e aos meninos. Sem você nada disso teria sido possível. Neoeav.

À minha mãe Marly, minha musa inspiradora, por demonstrar sempre que a mulher pode ir aonde deseja, por ser esse modelo de mãe e profissional, por todo incentivo em toda minha vida para que eu me supere e por sempre acreditar em mim e estar ao meu lado, mesmo que às vezes longe fisicamente.

Aos meus irmãos Chris e Luís por estarem sempre presentes e me apoiarem mesmo nas ideias malucas.

Ao professor Rui, por toda paciência e dedicação, pelas conversas, conselhos, correções. Por me colocar no caminho certo e me fazer voltar a acreditar em mim, muito obrigada.

Por fim, aos meus amigos do mestrado do amor, Bruno, Eduardo, Gabriel, Kati, Lari, Lívia, Roberto, Samuel, Silas, Thaís, Vini, porque sem vocês, não teria a menor graça.

RESUMO

O presente trabalho analisa a conformidade do instituto do tribunal do júri, tal como está disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional, com a matriz teórica jurídica adotada pelo Brasil, a *Civil Law*. Partindo-se da premissa que o instituto do júri é originário da matriz teórica da *Common Law* e que no Brasil se adota a tradição *Civil Law*, pergunta-se se esse instituto está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. O processo desta dissertação se dá a partir da análise da formação do pensamento jurídico nos países de tradição da *Common Law* e da *Civil Law*, pois apenas se trabalha com estas duas matrizes, uma vez que elas são as que mais influenciam o direito nacional. É de suma importância a compreensão dessa formação para se entender de onde surge esse instituto. Estuda-se o instituto do tribunal do júri desde o momento de seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, até sua atual regulamentação pela Constituição Federal e o Código de Processo Penal. Ainda se estuda o surgimento da dogmática jurídica penal, que se dá praticamente no mesmo momento em que o instituto, em contento, passa a ser importado da Inglaterra para a França, pós revolução francesa, e faz surgir uma gramática de interpretação dos conceitos de delito. Isto irá influenciar decisivamente no direito penal mundial e na forma de tratar a lei, principalmente nos países de tradição *Civil Law*; e analisam-se as fontes do direito adotadas por cada uma das matrizes teóricas, bem como elas influenciam na aplicação do direito em cada uma das matrizes estudadas. Por fim, com base em toda a pesquisa realizada, pode-se responder à pergunta proposta originariamente.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Tribunal do júri. *Civil Law*. *Common Law*. Dogmática.

ABSTRACT

The present work analyses the Jury Court Institute adequacy as it has been disciplined in infra-constitutional Brazilian's legal order with the legal-theoretical matrix adopted by Brazil, the Civil Law. Assuming that the Jury Court institute has its own origin from the Common Law theoretical matrix and that Brazil adopted the Civil Law tradition, there is a doubt if that institute would be in compliance to the Brazilian's legal order. This dissertation process stems from the analysis of juridical thought in countries of Common and also of Civil Law tradition and only this both matrices are worked, once they are the ones which have the greatest influence in national law in the occidental world, and this formation understanding is of utmost importance for the comprehension of where does this institute emerge from. The Jury Court institute is examined since its entrance in Brazilian's legal order, up to its Federal Constitution and Code of Criminal Procedures current rules. The dogmatic Criminal Law emergence, which happens almost at the same time in which the institute under study begins being imported by England to France (after the French Revolution) and that brought out a comprehension grammar of crime concepts and so that decisively influenced world's Criminal Law and its way to deal with law, mainly in countries with Civil Law Tradition; is also studied the adopted Law sources for each of the theoretical matrices are analyzed and the way they influence Law enforcement in each of these matrices are considered as well. Finally, based on all this research it is propose to answer the originally suggested question.

Keywords: Criminal Procedural Law. Jury court. *Civil Law*. *Common Law*. Dogmatic.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DAS MATRIZES TEÓRICAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW	15
2.1 DA TRADIÇÃO DA <i>CIVIL LAW</i>	16
2.1.1 Da Formação Histórica da <i>Civil Law</i>	16
2.1.1.1 Alta Idade Média	17
2.1.1.2 Baixa Idade Média.....	19
2.1.1.3 Escola dos Glosadores.....	23
2.1.1.4 Escola dos Comentadores ou Pós-Glosadores.....	25
2.1.1.5 Escola do Jusnaturalismo.....	27
2.1.1.6 Codificação.....	29
2.1.1.7 Da Importação do Tribunal da Inglaterra para a França.....	34
2.2 DA TRADIÇÃO DA <i>COMMON LAW</i>	35
2.2.1 O período Anglo-saxônico	36
2.2.2 A formação da <i>Common Law</i>	36
2.2.3 <i>Equity</i>	41
2.2.4 Período moderno.....	45
3 O JÚRI E SUA CONFORMAÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL	48
3.1 NATUREZA JURÍDICA E SISTEMAS APLICÁVEIS	48
3.2 O caminho percorrido pelo tribunal do júri no Brasil.....	51
3.2.1 A introdução do instituto do tribunal do júri na legislação brasileira	51
3.2.2 O Tribunal do Júri na República do Brasil	59
3.2.3 O Tribunal do Júri na Era Vargas.....	60
3.2.4 O Tribunal do Júri na República de 1946	66
3.2.5 O Tribunal do Júri na época ditatorial do Brasil.....	67
3.2.6 Procedimento atual do Tribunal do Júri.....	69
4 A DOGMÁTICA JURÍDICA E AS FONTES DO DIREITO	81
4.1 DOGMÁTICA PENAL.....	81
4.2 FONTES DO DIREITO	94
4.2.1 Fontes do Direito da Tradição da <i>Civil Law</i>	95
4.2.2 Fontes do Direito da Tradição da <i>Common Law</i>	102

4.3 A INCOMPATIBILIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI NA MATRIZ TEÓRICA <i>CIVIL LAW</i>	108
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	119

1 INTRODUÇÃO

O tribunal do júri é um instrumento judicial democrático muito importante no ordenamento jurídico brasileiro, sendo tal sua importância que foi alçado à cláusula pétrea na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso XXVIII. Introduzido no país em 1822 por um Decreto de Dom Pedro e logo na Constituição de 1824 já teve alcançada sua previsão constitucional. Permanece previsto na Constituição até os dias atuais, com exceção da Constituição de 1937 que, embora não o tenha previsto expressamente em seu texto, não o extirpou do ordenamento jurídico.

O tribunal do júri é um instituto constitucional e processual penal pertencente ao Poder Judiciário, garantidor de um julgamento com ampla defesa, com competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida pois que será decidido por um corpo de jurados leigos. Esses jurados leigos são compostos por cidadãos de ilibada conduta, pertencentes a uma lista realizada todos os anos pelo juiz da comarca, e que serão sorteados para comporem o chamado conselho de sentença. Segundo Tribuzi “é a sociedade julgando um de seus integrantes pela prática de um ato criminoso, e por esta razão há quem diga que esta forma de julgamento é uma das mais elevadas e perfeitas expressões democráticas do mundo inteiro”¹.

Democrático porque é o instituto processual penal que garante a participação da sociedade no julgamento dos crimes mais graves por aqueles que irão conviver com o acusado posteriormente. Por isso, cabe a eles decidir se ele foi ou não o culpado pelo delito que esta sendo imputado, e se houve ou não uma escusa para a sua conduta.

Sua importância fundamental é assegurar essa participação popular nos julgamentos judiciais. Com previsão constitucional que assegura sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a decisão é proferida por juízes leigos, ou seja, cidadãos de ilibada conduta que são sorteados para participarem do julgamento. O juiz de direito apenas estará lá para conduzir os trabalhos e proferir a sentença com base naquilo que foi

¹ TRIBUZI, Flávio de Azevedo. *O Tribunal do júri ao Alcance de Todos*. 2 ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas. 1992. p. 11

decidido por aquele conjunto de pessoas sorteadas para aquela função, e não pode interferir na decisão tomada pelos julgadores leigos participantes do conselho de sentença.

Ocorre que essas pessoas devem decidir, após ouvirem discursos de alta complexidade técnica de acusação e defesa, e com base em um sistema que não conhecem. É dessa forma que muitos conceitos restam confusos.

Embora esse instituto seja cercado por um discurso legitimador de ser uma instituição democrática, as dificuldades inerentes à espécie demonstram que essa forma de jurisdição pode não estar cumprindo seu papel, chega a parecer um ser alienígena infiltrado por equívoco. Mesmo com essa ideia de instituição democrática e garantida pela Constituição Federal como perpétua no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se refletir a respeito do Tribunal do Júri e questionar o seu atual papel no ordenamento jurídico, como prega Aury Lopes Júnior

É verdade que o Tribunal do Júri é cláusula pétrea da Constituição, art. 5º, XXXVIII, mas isso não desautoriza a crítica, até porque podemos sim questionar a legitimidade de tal instituição para estar na Constituição. Ademais, recordemos que o art. 5º, XXXVIII, consagra o júri, mas com a “organização que lhe der a lei”. Ou seja, remete a disciplina de sua estrutura à lei ordinária, permitindo uma ampla e substancial reforma, desde que assegurados o sigilo das votações, a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida.²

Ao pensar-se sobre essa incongruência, surgiu a ideia da distinção dos sistemas e na sua influência sobre o direito, pois que o sistema de matriz jurídica “*civil law*” segue um padrão de normas positivadas em Códigos ou leis esparsas, enquanto que o sistema jurídico da “*common law*” o direito é pautado em precedentes e na aplicação, em alguns casos, de equidade.

O Brasil, ao adotar o sistema da “*civil law*”, produz seu ordenamento jurídico positivado, com todas as normas primárias e secundárias descritas em leis estabelecidas, em que se nota a necessidade de um conhecimento acadêmico do que está disciplinado para a condução dos procedimentos.

Porém, ao mesmo tempo nota-se uma aproximação do instituto do Tribunal do Júri com o sistema de matriz da “*common law*”, o que poderia ser o justificador do porquê da incongruência entre um instituto considerado como a marca da participação popular no procedimento criminal e a insegurança jurídica

² LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005. p. 142.

das decisões tomadas por pessoas que desconhecem o sistema jurídico positivado.

Uma vez constatado que o Tribunal do Júri nos moldes atualmente disciplinado dissona da matriz teórica sobre o qual se sustenta o ordenamento jurídico pátrio, poder-se-á concluir pela necessidade de eventuais adequações para harmonizá-lo com o sistema jurídico brasileiro.

Assim, surgiu o questionamento a que se procura responder nesta dissertação: seria essa estranheza e suposta falta de conformidade advinda de o Brasil ser um país que adota a tradição jurídica *Civil Law*, e o tribunal do júri ser originário da Inglaterra, país de tradição jurídica da *Common Law*? A metodologia que se propõe é estudar as matrizes jurídicas fundamentais do Direito em uma perspectiva histórica para, a partir da compreensão de suas bases fundamentais, verificar qual a conformação fundante do júri a que se apegava a experiência nacional, de forma a tentar compreender as dificuldades essenciais apontadas. Com a finalidade de responder a este questionamento estruturou-se o trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo tratar-se-á da historicidade das matrizes *Civil Law* e *Common Law*, demonstrando o quão diferente foi esse processo em cada uma delas, embora tenha ocorrido em espaço de tempo simultâneo. Nos países de tradição *Common Law*, a formação do pensamento jurídico se deu de uma maneira quase orgânica, sendo decorrência da própria estrutura judiciária, evoluindo a partir de suas necessidades e do trabalho de advogados e magistrados. Já nos países de tradição *Civil Law*, houve uma sensível influência externa, desde a formação da universidade em Bolonha que acadêmicos estudam a forma de encontrar o “melhor direito”, ao passar por fases de desenvolvimento como com os glosadores, comentadores, jusnaturalistas, entre outros, por fim, para com a Revolução Francesa ter uma ruptura com o sistema anterior e delimitar uma nova forma de Poder Judiciário com as codificações. Necessário se faz alertar o leitor que embora existam outras matrizes teóricas, esta dissertação se deterá nos estudos das duas citadas por serem as que mais influenciam o sistema jurídico nacional.

No segundo capítulo buscar-se-á contextualizar o júri e sua importância democrática para o ordenamento interno, ao explanar sobre sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro e o desenvolvimento legislativo, bem como seu

atual disciplinamento constitucional e sua regulamentação no Código de Processo Penal para demonstrar seu funcionamento, necessário para se poder compreender a lógica do julgamento realizado neste tribunal.

No terceiro capítulo, será trabalhado o surgimento da dogmática jurídica penal, que se deu quase no mesmo período de tempo em que houve a importação do tribunal do júri da Inglaterra para a França. Objetiva-se demonstrar a ruptura com os conceitos anteriores e revelar o surgimento de uma nova ciência penal: o Direito Penal com suas categorias próprias do delito, com uma nova gramática de interpretação de símbolos, necessários para a correta interpretação e aplicação da lei, a aplicar-se principalmente nos países de tradição *Civil Law*. Ainda neste capítulo trabalhar-se-á com as fontes do direito de ambas as matrizes jurídicas citadas, objetivando demonstrar quais são as fontes utilizadas em cada uma das matrizes teóricas trabalhadas e como elas são empregadas em cada um desses ordenamentos jurídicos.

Por fim, abordar-se-ão os problemas do tribunal do júri na matriz teórica da *Civil Law*, procurar-se-á demonstrar que a incompatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico nacional é decorrente dessa diferença de matriz teórica e sobretudo do surgimento da dogmática jurídica.

Necessário frisar que essa dissertação não tem a pretensão de apontar nenhuma solução para o problema encontrado ou de alegar a inconstitucionalidade do instituto, limitando-se este estudo em tentar responder ao problema de pesquisa indicado. Tampouco o trabalho tem a pretensão de pertencer à linha da história do direito, e sim, de utilizar do conhecimento histórico como base de pesquisa dentro da dogmática jurídica. Ricardo Marcelo Fonseca assevera:

O estudo do passado do direito passa a importar justamente para, ao demonstrar as profundas diferenças existentes entre experiências jurídicas do passado e da atualidade, ter a capacidade de relativizar o presente, contextualizar atual, “desnaturalizando-o” e colocando-o na contingência e na provisoriedade histórica a que ele pertence. A análise do passado do direito passa a servir para, ao afirmar a historicidade que é ínsita ao direito (que não é, portanto, algo que sobrepara de modo isolado da realidade ou que é mero “efeito” da economia e da política), demonstrar aos juristas das áreas da “dogmática jurídica” (civilistas, penalistas, processualistas, etc.) que seus saberes para serem bem manejados, dependem fundamentalmente de uma responsável análise diacrônica.³

³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá. 2011. p.36.

Para a confecção deste trabalho foi realizada a pesquisa bibliográfica e o método indutivo. Ressalta-se por fim que a autora não utilizou nenhum marco teórico específico com a finalidade de buscar, nos diversos autores, suas perspectivas às vezes contraditórias.

2 DAS MATRIZES TEÓRICAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW

No campo jurídico, o mundo é composto de diversos sistemas jurídicos diferentes, sendo que cada país desenvolveu seu próprio sistema com suas características e peculiaridades (entendidos esses sistemas como os procedimentos, regramentos, organização judiciária particulares), porém, pode-se afirmar que esses sistemas abrangem similitudes entre eles, podendo ser agrupados em tradições jurídicas⁴.

Assim, tradição jurídica pode ser entendida como

um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte é uma expressão.⁵

A ciência do direito avançou de maneira dissemelhante em cada uma destas tradições, formando famílias que possuam semelhanças na formação, categorias, aplicação, até mesmo entendendo o papel do próprio magistrado como formas díspares.

Essas tradições jurídicas podem ser agrupadas em tradições de países da família *Civil Law*, da família *Common Law*, da família dos direitos socialistas, da família do direito mulçumano, hindu e judaico, da família do extremo oriente, da família da África Negra e Madagáscar, entre outros.⁶

Embora existam todas essas tradições jurídicas, para fins didáticos, nesta dissertação apenas trabalha-se com as tradições da *Civil Law* e da *Common Law*, uma vez que elas são as que têm maior influência no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴ Utilizar-se-á a terminologia proposta por John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, no livro *Tradição da Civil Law*, onde os autores propõem a distinção entre sistemas e tradições jurídicas.

⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law. Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p.23.

⁶ Divisão retirada adotada por René David, no seu livro “Os grandes sistemas do direito contemporâneo”, onde o próprio autor destaca que “O agrupamento dos direitos em famílias [ou tradições] é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p.17)

De uma maneira bastante simplista, costuma-se pensar que a *Civil Law* é a tradição dos países que adotam a codificação de suas leis, ou seja, que possuem as leis escritas, e que a *Common Law* é a tradição adotada pelos países que utilizam o direito consuetudinário e costumeiro⁷. Isto é de fato uma característica marcante em cada uma dessas tradições, mas elas não se reduzem apenas a isso. Neste capítulo, apresenta-se a formação destas duas tradições para que se entendam suas características principais.

2.1 DA TRADIÇÃO DA *CIVIL LAW*

No primeiro tópico deste subcapítulo traça-se como se deu a formação da tradição da *Civil Law*, porém, sem perder de vista que, como adverte Ferraz Júnior, “o desenvolvimento do saber jurídico, contudo, não é linear. Nas diferentes culturas, ele se faz na forma de progressos e recuos”⁸. Assim, haverá momentos em que a autora necessitará entrecruzar informações distintas, porém importantes para a compreensão da formação dessa tradição jurídica⁹.

2.1.1 Da Formação Histórica da *Civil Law*

⁷ “A teoria clássica, na França, afirma que a jurisprudência não constitui uma fonte de direito; não é menos verdade que as decisões proferidas em certas circunstâncias pelo Tribunal de Cassação ou pelo Conselho de Estado têm, por vezes, de fato, uma autoridade igual ou maior que a que emana da lei. Ainda hoje, na Inglaterra, a lei nos é apresentada como um fenômeno de exceção, num sistema que é por excelência um sistema de direito judiciário (*case law*). Todavia, torna-se necessário compreender esta fórmula. As leis são igualmente numerosas na Inglaterra e desempenham um papel que não é inferior ao da legislação na França. Com frequência acabaram igualmente por ser interpretadas literalmente e de modo restritivo como o prescreviam os cânones antigos. De qualquer modo, os juristas ingleses continuam a sentir-se pouco à vontade em presença das regras formuladas pelo legislador; eles se envolverão tão rapidamente quanto possível, sob a onda de decisões jurisprudenciais com vista à sua aplicação.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 12)

⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 32.

⁹ “Todavia, a aplicação da personalidade do direito não se fez em todo o Ocidente com a mesma intensidade.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 167)

A tradição *Civil Law* é considerada a mais antiga de todas as tradições jurídicas, bem como também foi a mais disseminada entre os países da Europa e da América Latina. David afirma que essa expansão “deveu-se em parte à colonização, em parte às facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica da codificação, geralmente adotada pelos direitos românicos no século XIX”¹⁰.

É também a mais antiga, porque encontra substrato diretamente no direito romano, vinculado à codificação determinada pelo Imperador romano Justiniano no século VI d.C. Porém, por opção metodológica, iniciar-se-á o estudo a partir da Alta Idade Média, quando o direito romano, após um período de decadência, retorna ao centro das atenções do pensamento jurídico.

2.1.1.1 Alta Idade Média

Com a queda do Império Romano, o direito foi sendo gradualmente substituído pelo direito dos invasores germânicos, que, em algumas localidades, acabaram por se misturar a esse direito romano já modificado¹¹.

Embora o último imperador romano do Ocidente seja destituído em 476, a influência romana não deixou, no entanto, de se fazer sentir no Ocidente. A organização administrativa e religiosa conserva aí as características da época romana durante vários séculos. O direito privado romano permanece o direito das populações romanizadas enquanto que os invasores germanos mantêm os seus costumes ancestrais, aplica-se pois a personalidade do direito, pelo menos durante alguns séculos.¹²

Em virtude das constantes invasões, iniciou-se um processo em que os senhores romanos abandonaram as cidades e migraram para o campo. As pessoas mais pobres os seguiam para conseguir trabalho. Travavam, assim, um

¹⁰ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 25.

¹¹ “As invasões de diversos povos, germanos em particular, levaram à sua queda [do império romano] no século V; em seguida a estas invasões, as populações romanizadas por um lado, os bárbaros por outro, passaram a viver lado a lado, seguindo, uns e outros, a sua própria lei.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 29)

¹² GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 166

acordo de colonato¹³, em que essas populações mais pobres trabalhariam na terra dos senhores e lhes pagariam com parte de suas produções, em troca de proteção. Começa, assim, a surgir o sistema feudal que será o mais comum durante toda a Alta Idade Média.

Nesse período diminuiu o poder do Imperador ou dos reis, e assim as ordens – normas – partem dos senhores feudais. Com a redução drástica do comércio, já que cada um consome aquilo que produz, o direito passa a ser o costumeiro, sendo valorizada mais a conciliação entre as partes, ou a arbitragem através de um membro da Igreja, que irá visar à busca da paz social mais do que efetivamente a justiça.¹⁴

Mesmo com a queda do Império Romano, a Igreja Católica continuou a influenciar grandemente a sociedade da época, passando a ser a única reconhecida. Como única possuidora do conhecimento, e por isso a única habilitada a ter um direito escrito¹⁵, a Igreja conquistou muito poder durante esse período, influenciando fortemente as relações jurídicas¹⁶. O direito canônico,

¹³ “Um vínculo pessoal entre dois homens de posição diferente, estabelecido para garantir ao superior o auxílio em qualquer circunstância, particularmente nas iniciativas de guerra, e ao inferior uma proteção e um meio de sustento estável, no mais das vezes realizado por meio da concessão de uma área de terra a título de benefício. Essa sintética definição da relação feudal não considera a grande variedade de formas e de características que o feudo apresentava nas diferentes partes da Europa, mas ao menos torna evidente a presença do elemento pessoal e a natureza pactual da relação.” (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 40)

¹⁴ “No plano económico, o pequeno senhorio forma frequentemente um domínio agrícola, explorado pelo senhor com a ajuda dos seus servos. O regime dominial é caracterizado por uma economia fechada, no sentido em que os homens vivem do produto do domínio, quase sem trocas com outros domínios; o comércio desapareceu quase completamente. O direito fica assim restringido às relações feudo-vassálicas e às relações dos senhores com os servos dos seus domínios, ou seja, a laços de dependência de homem para homem. Toda a organização estatal desapareceu.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 190)

¹⁵ “No século X, a Igreja arroga-se a jurisdição sobre todas as matérias relativas aos sacramentos, nomeadamente, sobre o casamento.

Esta progressiva extensão do domínio jurídico-jurisdicional da Igreja foi ainda facilitada pela derrocada das estruturas políticas, jurídicas e jurisdicionais no Ocidente europeu, conseqüente à queda do Império Romano do Ocidente (476 d. C.) e às invasões germânicas. Cada vez mais prestigiada culturalmente – pelo seu domínio quase exclusivo da cultura escrita – e cada vez mais forte e organizada no plano institucional, a Igreja tende a hegemonizar os mecanismos políticos e jurídicos, impondo-se aos reis e tutelando as organizações políticas periféricas (cidades e comunidades locais).” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 190)

¹⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 84

durante a Alta Idade Média, já possuía uma forma de codificação, sendo comentado e analisado, e por isso, desenvolvendo-se mais rapidamente.¹⁷

Já o direito laico era meramente consuetudinário¹⁸, muitas vezes ainda usando como base aquilo que havia sido fixado na época do direito romano, mas agora sem tê-lo tal como base e, sim, como costume que era passado entre as pessoas.

Nas trevas da Alta Idade Média a sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições criadas para afirmar o direito (as *rachimburgs* francas, as *laghman* escandinavas, as *eôsagari* islandesas, as *brehons* irlandesas, as *withan* anglo-saxônicas), até mesmo o simples fato da redação de leis bárbaras tende a convencer-nos disso. Mas o reinado do direito cessou. Entre particulares como entre grupos sociais os litígios são resolvidos pela lei dos mais fortes, ou pela autoridade arbitrária de um chefe. Mas importante que o direito é, sem dúvida, a arbitragem que visa menos conceder a cada um o que lhe pertence, segundo a justiça, do que manter a solidariedade do grupo, assegurar a coexistência pacífica entre grupos rivais e fazer reinar a paz.¹⁹

Nota-se assim, que neste período conviviam uma pluralidade de juízes que detinham competências diferenciadas. Schioppa²⁰ elenca, por exemplo, os juízes públicos, os eclesiásticos, os feudais, os senhoriais.

2.1.1.2 Baixa Idade Média

¹⁷ Conforme GILISSEN (John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.) “O direito canônico constituiu objeto de trabalhos doutrinários, muito mais cedo que o direito laico; constituiu-se assim uma ciência do direito canônico. O direito canônico, sendo pois um direito escrito e um direito erudito muito antes do direito laico da Europa Ocidental, exerceu uma profunda influência na formulação e desenvolvimento deste direito laico.” (p. 135.) Aliás, à parte de alguns clérigos, ninguém sabe ler nem escrever; há poucas escolas; os juízes (por exemplo, os vassallos reunidos num tribunal feudal) são incapazes de ler textos jurídicos. A justiça é feita, a maior parte das vezes, apelando para Deus, com a ajuda de ordálios ou de duelos judiciários. Enfim, a maior parte das relações entre os homens, que nascem das convenções próprias das instituições feudo-vassálicas, são regidas pelo costume que fixa as obrigações duns e doutros. (p. 191)

¹⁸ “Toda a atividade legislativa tinha praticamente desaparecido no Ocidente entre os finais do séc. IX e o séc. XII. Quando muito havia alguns atos legislativos no Sul da Europa, nomeadamente em Itália e Península Ibérica. Mesmo durante os últimos séculos da Idade Média, a lei desempenhou um papel mais reduzido do que o costume enquanto fonte do direito.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 291.)

¹⁹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 30

²⁰ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 43

Com o fim das invasões bárbaras e com um certo desenvolvimento agrícola, começou-se, no século X, um processo de migração das pessoas que trabalhavam no campo para perto das igrejas e dos castelos, instalando-se como artesãos nessas localidades. Esses aglomerados foram chamados de burgos, onde se retoma o comércio entre as pessoas, trocando-se mercadorias entre elas.

Nesse mesmo período a Igreja Católica, agora detentora de muito poder por ser a depositária de quase todo conhecimento, declara guerra aos muçulmanos, dando-se início às cruzadas. E é nesse contexto de desenvolvimento econômico que se inicia a Baixa Idade Média.

No século XI, na universidade de Bolonha²¹ retomam-se os estudos do direito romano, porém, meramente como matéria dogmática, sem aplicação prática ainda no sistema jurídico²². Resgata-se o estudo do direito romano por se reconhecer neste sistema a sua grandiosidade, complexidade e sua evolução. René David afirma que:

A Itália e a França, de onde parte o modelo dos novos estudos, não tinham direito nacional; o regime feudal continuava a reinar nestes países, onde ainda não se havia afirmado nenhum soberano incontestado. (...) foi precisamente para superar este direito local, para se elevar acima dos costumes atrasados e insuficientes, que o renascimento dos estudos do direito romano se produziu.²³

Logo as universidades italianas transformaram-se no centro do estudo jurídico, propalando sua forma de estudar (o seu método) o direito por todo o mundo. Aqueles que estudavam direito romano nas universidades italianas retornavam para seus países e passavam a lecionar da mesma forma, assim

²¹ “A ciência (europeia) do direito propriamente dita nasce em Bolonha no século XI (cf. Wieacker, 1967:46). Com um caráter novo, mas sem abandonar o pensamento prudencial dos romanos, ela introduz uma nota diferente no pensamento jurídico: sua dogmática. O pensamento dogmático, em sentido estrito, pode ser localizado, em suas origens, nesse período. Seu desenvolvimento foi possível graças a uma resenha crítica dos *digestos justianeus*, a *Littera Boloniensis*, os quais foram transformados em textos escolares do ensino da universidade”. (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 39)

²² “Em geral, se aceita que o ‘ressurgimento do direito romano’ – Assim consideram os herdeiros da tradição *Civil Law* – teve início em Bolonha, na Itália, ao final do século XI. Houve, entretanto um ressurgimento anterior ao interesse em torno do *Corpus Juris Civilis*, no século IX, no império romano do Oriente, que resultou na publicação (em grego) de uma compilação denominada *Basílica*.” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law. Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 31)

²³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 33

também o faziam em suas vidas práticas, já que essas eram as pessoas que realizavam os serviços burocráticos e notariais da época²⁴.

Hespanha argumenta que é esse discutir, esse pensar o direito de maneira livre que se pode considerar como “fator institucional do aparecimento do saber jurídico na Baixa Idade Média.”²⁵

É preciso lembrar a forte influência exercida pela Igreja, nessa época, também no campo dos conhecimentos. Assim, o estudo do direito romano nas universidades será acompanhado do estudo do direito canônico²⁶, e desta forma, os acadêmicos terminavam seus estudos com essa dupla qualificação.

Nessa época, em razão das cruzadas e do comércio que se amplia, começa a aparecer a formação de um *jus commune*, em oposição a um *jus proprium*. O *jus proprium* é o direito de cada vila, de cada comunidade, um direito consuetudinário; enquanto o *jus commune* é um direito comum a todas as vilas, que pouco a pouco começa a ser escrito²⁷.

²⁴ “Aqueles que estudavam em Bolonha retornavam a seus países e estabeleciam universidades, onde também ensinavam e estudavam o direito baseado no *Corpus Juris Civilis*, de acordo com o estilo dos Glosadores e Comentaristas. Desta forma, o direito civil romano e as obras dos Glosadores e Comentaristas constituíram a base de um direito comum europeu, que atualmente é denominado de *jus commune* pelos historiadores do direito. Havia, assim, um corpo comum de leis e de doutrina, uma linguagem jurídica compartilhada, e um mesmo método de ensino, pesquisa e estudo.” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *Civil Law*. Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 32) Ver também SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 93-97.

²⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 118.

²⁶ “No século XII, um monge professor de teologia em Bolonha, Graciano, elabora uma compilação que se iria impor a todas as anteriores e permanecer como um grande repositório de direito canônico praticamente até à atualidade – a *Concordantia discordantium canonum* [concórdia dos cânones discordantes, c. 1140], mais conhecida por *Decretum Gratiani* [Decreto de Graciano]. Aí reúne cerca de 4000 textos de relevância jurídica, desde passos de padres da Igreja até cânones conciliares, organizados por matérias e brevemente comentados ou apenas sintetizados (num *dictum*).” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 85)

²⁷ “Quando ao direito escrito, também nomeado direito comum ou direito comum escrito, embora sem uma conceituação precisa, parece que se referia ao chamado *jus commune*, o direito comum a todas as cidades e vilas, em oposição ao *jus proprium*, peculiar a cada uma delas, distinção já corrente na Itália a partir do século XII. O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento. A fixação do direito na forma escrita, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça também a consciência dos limites. A possibilidade do confronto dos diversos conjuntos normativos cresce e, com isso, aumenta a disponibilidade das fontes, na qual está a essência do aparecimento das hierarquias. Estas, no início, ainda afirmam a relevância do costume, do direito não escrito sobre o escrito. Pouco a pouco, no entanto, a situação inverte-se. Para tanto contribuiu o aparecimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar. Nesse período, a percepção da necessidade de regras interpretativas cresce, o que pode ser observado por sua multiplicação com vistas na

Era necessário um direito comum para poder viabilizar as negociações durante as cruzadas, possibilitando o conhecimento das regras por pessoas de localidades diversas.

Alguns fatores contribuíram para a formação deste direito comum europeu, Hespanha os sintetiza afirmando que:

Primeiro, o uso da mesma linguagem técnica – o latim -, que lhes criava, para além daquele << estilo >> mental que cada língua traz consigo, um mesmo horizonte de textos de referência (numa palavra, a tradição literária romana). Depois, uma formação metodológica comum, adquirida nos estudos preparatórios universitários, pela leitura dos grandes << manuais >> de lógica e retórica utilizados nas Escolas de Artes de toda a Europa. Finalmente, o facto de o ensino universitário do direito incidir unicamente – até a segunda metade do século XVIII – sobre o direito romano (nas Faculdades de Leis) ou sobre o direito canónico (nas Faculdades de Cânones), pelo que, nas escolas de direito de toda a Europa Central e Ocidental, desde Cracóvia a Lisboa, desde Upsala a Nápoles, se ensinava, afinal, o mesmo direito. O mesmo direito, na mesma língua, com a mesma metodologia. É o trabalho combinado destes fatores – a unificação dos ordenamentos jurídicos comum, este último potenciando as tendências unificadoras já latentes no plano legislativo e judiciário – que surge o direito comum, *ius commune*.²⁸²⁹

A ordem jurídica, nessa época, era claramente pluralista, uma vez que coexistiam, na sociedade europeia medieval, o direito romano, o canônico e os direitos próprios de cada local.

A partir do século XIII começam a aparecer compilações de costumes locais com o fim de facilitar o conhecimento e a comprovação dos mesmos³⁰.

organização e articulação das diversas fontes existentes. Essas transformações iriam culminar em duas novas condicionantes, uma de natureza política, outra de natureza técnico-jurídica. Quanto às primeiras, assinala-se a noção de soberania nacional e o princípio de separação de poderes; quanto às segundas, o caráter privilegiado que a lei assume como fonte do direito e a concepção do direito como sistema de normas postas.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 48.)

²⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 67.

²⁹ Além disso, Hespanha elenca outras características do direito romano, que explicam o porquê de sua adoção: “O direito romano constituiria, precisamente, um ordenamento jurídico dotado de todas essas características: a sua abstração (...) opor-se-ia ao casuísmo dos direitos da Alta Idade Média; depois, era aceite como direito subsidiário comum a todas as praças comerciais europeias, constituindo uma língua franca de todos os mercadores, usada desde as cidades da Hansa, nas costas europeias do Báltico e do Mar do Norte, até às da faixa mediterrânea. Por último, os grandes princípios do sistema jusromanista coincidiriam, no fundamental, com a visão capitalista das relações mercantis – liberdade de acção negocial, garantida pelo princípio da autonomia da vontade; possibilidade de associação maleáveis e funcionais, facultadas pelas figuras romanísticas da personalidade jurídica ou coletiva (*universitas, corpora*, etc.); extensão ilimitada do poder de lançar os bens e capitais no giro mercantil, facultada por um direito de propriedade que desconhecia quaisquer limitações sociais ao uso das coisas.” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 81.)

³⁰ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 44

Porém, essas compilações, muitas vezes, ao invés de compilarem efetivamente os costumes de uma determinada comunidade, acabavam por compilar normas do direito romano, fugindo assim do seu propósito. Isso era uma consequência direta do ensino do direito romano na universidade, já que os compiladores o consideravam mais evoluído.

2.1.1.3 Escola dos Glosadores

Com esse interesse pelo direito romano, surgiram sucessivamente, algumas escolas que o estudavam. A primeira delas foi a dos glosadores, que procuraram encontrar no texto o seu significado.

Os glosadores buscavam integrar os textos para que não restasse nenhuma controversia entre eles³¹, buscavam dentro do próprio texto o significado das expressões e conceitos, quando os textos não concordavam entre si, buscavam a concordância fazendo uma interpretação conjunta dos dispositivos.³²

Os conceitos serão desenvolvidos para os próprios pensadores do direito, explicando o significado, muitas vezes, de cada palavra, procurando nos

³¹ “ Alguns juristas que atuavam em Bolonha, fundadores da escola de direito, que será chamada escola dos glosadores, souberam responder ao árduo desafio de tornar o *Corpus iuris* justiniano inteligível e utilizável, melhor que outros que também nesses mesmos anos se aventuravam nele em Pavia, em Roma e talvez em outros lugares. Nascia assim, nos primeiros anos do século XII, a mais antiga universidade europeia: um pequeno grupo de discípulos em torno de um mestre, Irnério, que ‘estudando, começou a ensinar’: ‘studendo cepit docere’. E que depois permaneceu, e até hoje permanece, no binômio inseparável de pesquisa e ensino, essência da universidade.” (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 63)

³² Para melhor compreensão: “Aceitos como base indiscutível do direito, tais textos forma submetidos a uma técnica de análise que provinha das técnicas explicativas usadas em aula, sobretudo no *trivium* – Gramática, Retórica e Dialética, caracterizando-se pela glosa gramatical e filológica, donde a expressão *glosadores*, atribuída aos juristas de então. Em sua explicação, o jurista cuidava de uma harmonização entre todos eles, desenvolvendo uma atividade eminentemente exegética que se fazia necessária porque os textos nem sempre concordavam, dando lugar às *contrarietates*, as quais, por sua vez, levantavam as *dubitaciones*, conduzindo o jurista à sua discussão, *controversia*, *dissentio*, *ambiguitas*, ao cabo da qual se chegava a uma *solutio*. A *solutio* era obtida quando se atingia, finalmente, uma concordância. Seus meios eram os instrumentos retóricos para evitar-se incompatibilidade, isto é, a divisão do objeto no tempo e no espaço, a hierarquização dos textos conforme o esquema escolástico da tese, da antítese e da *solutio*.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 39)

próprios textos a melhor definição. Após, explicam para seus alunos/discípulos, discutindo cada viés dos textos analisados.³³

Eles procuram demonstrar que os textos são complementares, e por isso não existem falhas no antigo direito romano estudado, e, ao se deparar com alguma contradição, ou omissão, o intérprete deveria esforçar-se para encontrar o real significado baseando no restante da obra.³⁴

Em meados do século XIII, é publicada a Grande Glosa de Acúrio que contém cerca de 96.000 (noventa e seis mil) glosas.³⁵

De qualquer modo, cabe aos glosadores o mérito de terem recriado, na Europa Ocidental, uma linguagem técnica sobre direito. Não se trata mais de descrever ou reproduzir algumas normas ou fórmulas de direito romano, com intuítos exclusivamente práticos, como tinha sido relativamente comum nos estudos de arte notarial usuais em algumas chancelarias eclesiásticas ou seculares. Trata-se, agora, de começar a fixar uma terminologia técnica e um conjunto de categorias e conceitos específicos de um novo saber especializado - a jurisprudência.

(...)

Assim, pelo menos os civilistas negavam que o texto escrito (o direito doutrinal do *Corpus Iuris* ou novo direito imperial do Sacro-Império) necessitasse de ser confirmado pelo uso (*usu utentium*, uso dos utilizadores). O que se traduzia, por exemplo, em negar a vigência dos costumes contra direito escrito. Se acabavam, portanto, por influir fortemente na vida jurídica e política do seu tempo, isto deve-se não o seu empenhamento prático, mais eficácia da autoridade intelectual do saber que cultivavam.³⁶

Como consequência desse estudo do direito romano escrito, nos séculos XII e XIII começam a surgir normas escritas editadas pelos Reis da França, Inglaterra, Sicília, e Península Ibérica.

Os Reis se utilizarão das leis para estruturar seus reinos, e até mesmo para determinar quais serão os costumes adotados por aquela localidade.³⁷ Assim, também, gradativamente, os reis voltam a reclamar para si o direito de

³³ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 66

³⁴ “O aspecto mais relevante do método jurídico adotado pelos glosadores não reside, contudo no recurso aos parâmetros da retórica e da dialética, mas nas técnicas e nos resultados referentes à interpretação e à combinação das fontes romanísticas. Gostaríamos de ressaltar a importância de três operações, que as fontes atestam terem sido frequentemente realizadas pela escola: alei objeto de exame podia receber uma interpretação extensiva, ou uma interpretação restritiva, ou ainda, por fim, ser até mesmo alterada em seu significado originário.” (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 70)

³⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 35

³⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 100

³⁷ Ver GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

julgar seus súditos, não desejando mais dividir autoridade com os senhores feudais, vindicando o retorno deste poder.³⁸

2.1.1.4 Escola dos Comentadores ou Pós-Glosadores

No século XIII, com o desenvolvimento dessa escola, começou-se a estudar o direito romano completando-o com o direito local, interpretando-o para validar os costumes, suprimindo suas lacunas com outras formas de direito, por exemplo, outras decisões. A essa nova escola se chamou de pós-glosadores ou comentadores.

Esse novo método de estudo do direito não se preocupava mais com o sentido histórico ou com a complexidade do sistema romano. Os comentadores o interpretavam para fins de justificar, de validar as regras jurídicas trazidas, muitas vezes, pelo direito costumeiro³⁹. Essa forma de pensar o direito, tem influência viva até hoje na dogmática do direito.

Através destes processos – que constituem ainda hoje um componente importante do estofo do discurso jurídico -, os Comentadores levam a cabo uma obra de construção dogmática que permanece de pé, sem grandes alterações, até o nosso tempo. Ainda hoje, apesar de um crescente movimento de reação contra a dogmática <<escolástico-pandectista>>, se pode dizer que ela é utilizada pela esmagadora maioria dos civilistas e, mesmo, dos cultores de outros ramos do direito.⁴⁰

Nessa época, os tribunais eclesiásticos ainda possuem amplas competências, porém, como já mencionado, os reis agora reivindicam seu poder e, por isso, em relação às matérias jurídicas “a partir do século XIV, os tribunais

³⁸ Conforme GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

³⁹ “Com a escola dos pós-glosadores, no século XIV, uma nova tendência se manifesta e um trabalho muito diferente é realizado: o direito romano é devidamente expurgado, submetido a distorções; presta-se a desenvolvimentos inteiramente novos (direito comercial, direito internacional privado), ao mesmo tempo que é sistematizado na sua apresentação, de uma forma que contrasta vivamente com o caos do Digesto e o espírito casuístico e empírico dos jurisconsultos de Roma. Os juristas já não procuram encontrar soluções romanas, mas preocupam-se sobretudo em utilizar os textos do direito romano, para introduzir e justificar regras adaptadas à sociedade de seu tempo.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 35)

⁴⁰ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 129.

eclesiásticos perderam a sua competência nestas matérias [penais e civis]; a questão foi por vezes regulamentada por acordos locais”.⁴¹

No século XIV, o sistema inquisitório foi se tornando gradativamente o adotado, e assim os poderes de acusação e de produção de provas foram migrando para o juiz da causa⁴², que ao ter notícia de qualquer crime, deveria proceder às investigações para a punição do culpado. Em 1542, o Papa reestruturou a inquisição romana com a constituição do Santo Ofício.⁴³ Com isso surge uma dualidade de jurisdição, vez que Estado e Igreja pretendem a aplicação do direito (isso era uma demonstração explícita de poder em virtude da subjugação do popular ao seu mando), resolvia-se, então, o conflito pela prevenção, e ficava responsável pelo julgamento aquele que primeiro processasse a causa, excepcionando-se os casos de Cortes especializadas, onde estas tinham a competência exclusiva para o julgamento de determinados delitos, como era o caso da heresia.⁴⁴

Há uma transformação gradual no sistema de pensar o direito, tendo os Comentadores feito um trabalho incansável de pesquisa e interpretação dos textos romanos, por vezes suprindo as lacunas com o próprio direito local. Agora, com a fixação dos princípios básicos, está na hora de se deixar o caótico e extenso trabalho dos Comentadores, para se iniciar uma simplificação com a fixação de regras organizadas em um sistema simplificado e centralizado.⁴⁵

⁴¹ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 141

⁴² “Dentre as principais vantagens do novo método, pode-se destacar (a) o caráter público das denúncias, não mais restritas à vítima ou aos seus familiares, aliada (b) ao sigilo da identidade do delator; (c) a inexistência de separação entre as figuras de acusador e julgador, sendo lícito a este realizar a imputação, produzir a prova e julgar o acusado; (d) o sistema tarifado de provas e sua graduação na escala da culpabilidade, recebendo a confissão o máximo valor (*regina probatio*), e (e) a autorização irrestrita da tortura como mecanismo idôneo para obtenção de confissões.” (CARVALHO, Salo de. *Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial*. Revista da Faculdade de Direito UFPR. v. 42 n. 0. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183/3898>. Acesso em 15 dez. 2018)

⁴³ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 104

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. *Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial*. Revista da Faculdade de Direito UFPR. v. 42 n. 0. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183/3898>. Acesso em 15 dez. 2018

⁴⁵ Hespanha demonstra que “o abandono dos princípios da doutrina romano-civilística nestes domínios particulares é o reflexo de uma submissão mais vasta do direito comum de base romano-canônica (corrigido, é certo, pela atividade modernizadora dos Comentadores) aos novos direitos nacionais, cuja codificação estava agora em marcha, e que traduzia, no campo jurídico – como já se disse -, o fenômeno da centralização do poder real.” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 131)

Na formação das regras jurídicas, no século XVI, as regras já eram cada vez mais escritas, substituindo os costumes, buscando-se a segurança jurídica. Apenas os reis dispõem de autoridade para legislar, modificar ou interpretar qualquer que fosse a norma, oral ou escrita, determinando sua conversão em direito escrito de origem consuetudinária. As leis reais devem ser aplicadas e respeitadas em todo o reino, não devendo haver mais as leis locais.⁴⁶

Como a autoridade legislativa pertence apenas ao rei, o mesmo investia alguns de seus auxiliares para lhe apoiar nessa função, entre eles estavam os chanceleres, ministros, conselhos do rei e comissões de magistrados e juristas.⁴⁷

No século XVI, com a crescente colonização conquistada através das navegações, o mundo expande-se e com ele, a visão da filosofia modifica-se. A estrutura estatal dos reinos também foi alterada com a centralização do poder na pessoa dos monarcas, centralização da justiça, a ruptura com o monopólio da Igreja Católica. Todas essas transformações trouxeram consequências na esfera da formação da tradição *Civil Law*.

2.1.1.5 Escola do Jusnaturalismo

Com a reforma protestante atingindo o monopólio da Igreja Católica no mundo, nasce uma nova fase do direito natural, conhecida como jusnaturalista. Nessa fase, passa-se a entender que o direito natural é aquele oriundo da condição humana, sem ter que traçar qualquer relação com Deus. Com isso, ocorre uma modificação da forma do pensamento jurídico, desvinculando-o da religião, tornando-o laico. A consequência direta dessa laicização do direito é que o direito passa a ser comum a todos os homens, buscando-se na razão sua fundamentação.⁴⁸

Abandonando o método escolástico, eleva a um alto grau a sistematização do direito, que ela concebe de modo axiomático, eminentemente lógico, à imitação das ciências.

⁴⁶ Conforme GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 248.

⁴⁷ Conforme GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 303

⁴⁸ Conforme HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 150

Afastando-se da ideia de ordem natural das coisas exigidas por Deus, ela pretende construir toda a ordem social sobre a consideração do homem; exalta os “direitos naturais” do indivíduo, derivados da própria personalidade de cada pessoa.⁴⁹

Os ramos do direito administrativo e do direito criminal sofreram mutações significativas neste período, sendo diretamente influenciados pela forma do direito inglês. Além disso, depois de vários séculos sendo ensinado o direito romano nas universidades, passando por um longo processo de maturação, é na escola natural que se colhem os frutos de todo esse esforço. Finalmente alcança-se a codificação das leis. Não uma compilação do direito romano ou de costumes locais, mas sim, a codificação de leis racionais através de um método⁵⁰, devendo ser aplicada pelos tribunais no momento das decisões judiciais.⁵¹

Enquanto uma consolidação pretendia apenas reproduzir o direito existente sem modifica-lo, numa continuidade histórica, o código, ao contrário, é ruptura. Para Lorenzetti, o código “pretende criar uma nova regulação, substitutiva; ao invés de compilar, ordena, baseando-se na racionalidade. Tem um caráter de constituinte no Direito Privado”.

Em segundo lugar, a consolidação gerava insegurança, pois não era possível saber quais dispositivos estavam em vigor, enquanto no código, com sua sequência coordenada e completa de artigos, representaria segurança.

Em terceiro lugar, a consolidação seria incognoscível para o cidadão e o código seria uma espécie de manual do Direito, pois qualquer cidadão poderia consulta-lo e obter esclarecimentos para o desempenho de suas obrigações.

Em quarto lugar, a organização de uma consolidação se baseia no critério cronológico e não consegue fugir de uma regulação casuística, ao passo que um código se baseia num modelo dedutivo, fundamentado em axiomas.⁵²

Essa contínua transformação, no século XVIII, é bastante acentuada com a revolução industrial, que se origina na Inglaterra, subvertendo os meios de produção e possibilitando uma maior produção em um menor espaço de tempo. Na França, pensadores iluministas⁵³ pregam uma modificação na

⁴⁹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 36

⁵⁰ Hespanha lembra que um dos condutores do pensamento jus-racionalista é a cientificização, “onde o direito é uma disciplina rigorosa, científica” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 158.)

⁵¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 52.

⁵² ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do Direito privada e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 30

⁵³ “Comum a muitos expoentes da orientação naturalista – mesmo que com características muito particulares aos diversos autores, por exemplo, Grócio, Hobbes e em Locke, como veremos – é a teoria de um ‘contrato social’ originário, celebrado entre os homens para chegar a uma condição de paz e de segurança e cuja tutela é confiada a um soberano. A doutrina do contrato social geralmente se manifesta na forma de um acordo entre os homens, logo, como um acontecimento da sociedade terrena, mas também é possível encontra-la em outros autores em

maneira de se conduzirem as matérias de Estado. Montesquieu, em seu livro “O Espírito das Leis” preconiza a separação dos poderes do Estado em três órgãos distintos, o Poder Executivo para administrar o Estado, o Poder Legislativo para elaborar as leis, e o Poder Judiciário para aplicar as leis feitas pelo Legislativo, impedindo a arbitrariedade por parte dos juízes.⁵⁴

Ingressa-se na era do Iluminismo, trazendo em suas premissas grandes modificações na estrutura do Estado e do direito aplicado. É nessa perspectiva, que na seara do direito penal Beccaria publica sua obra “Dos delitos e das penas”, em que sustenta a necessidade de leis claras e concisas que possam ser previamente conhecidas pela população e também entendidas por ela.

2.1.1.6 Codificação

A partir de 1776, a Europa foi palco de diversas revoluções, influenciando diretamente a forma como o direito era estudado e aplicado, principalmente no campo do direito público. Exercia, assim, grande influência em todo direito material e processual, modificando, inclusive, a forma de organização dos sistemas legais dos países.

Com a Revolução Francesa em 1789⁵⁵, essa nova ideia toma acento na França, havendo uma clara separação entre os poderes constituídos. Essa nova forma de conduzir os poderes estatais irá produzir uma forte mudança na forma de pensar o direito.⁵⁶

uma formulação diretamente ligada à religião.” (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 238)

⁵⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

⁵⁵ “Os acontecimentos da Revolução Francesa assinalaram uma profunda guinada na história do direito europeu. As inovações introduzidas no decorrer dos dois anos em que atuou a Assembleia Nacional Constituinte, de 1789 a 1791, tiveram tal alcance que influenciaram direta ou indiretamente, não apenas a história constitucional da França, mas também as escolhas e as tendências amadurecidas no continente no decurso do século XX”. (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 305)

⁵⁶ A teoria clássica da divisão de poderes, constituída com um claro acento anti-hierarquizante face à concepção personalista anterior, iria garantir de certa forma uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada

Em agosto de 1789, foi reunida a Assembleia dos Estados Gerais (que não era realizada desde 1614) depois de terem sido realizados os *Cahiers de doléances*, documento que apontava as críticas realizadas pela nobreza, pelo clero e pelo povo. Nesse documento ficou consignada a insatisfação com “o forte poder discricionário dos tribunais soberanos de justiça, insatisfação com as justiças senhoriais exercidas rudemente por pessoas de confiança dos feudatários, com a severidade excessiva das penas, com o sigilo das instruções penais”⁵⁷, entre outros.

Essa Assembleia foi convertida em Assembleia Nacional, que aprovou uma Constituição em 17 de junho e 9 de julho de 1789, dando início à Revolução Francesa.⁵⁸

Nesse período é redigida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a estrutura militar é totalmente reformada para se transformar em uma “milícia da nação”⁵⁹, e o Poder Judiciário é totalmente reestruturado. Os juízes passam a atuar apenas como “boca da lei”, ou seja, a eles cabe aplicar o direito ao fato concreto sem nenhum tipo de interpretação, sendo inclusive, determinado que em caso de dúvidas, a Casa Legislativa – *référé législatif* - deve ser consultada para dirimir a controvérsia.

Na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos da Revolução não apenas em razão de sua tendência em se identificar com a aristocracia rural, mas também porque os juízes falham em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito. (...) Os juízes

no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito (cf. Friedrich, 1953:208; Locke 1952:58; Montesquieu, s.d.). Ora, essa neutralização política do Judiciário (Luhmann, 1972) é uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito do século XIX. De fato, a neutralização política do Judiciário significará a canalização da produção do direito para o endereço legislativo, donde o lugar privilegiado ocupado pela lei como fonte do direito. A concepção da lei como principal fonte do direito chamará atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudar a legislação. Destarte, em comparação com o passado, o direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão da Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser a usual: a ideia de que, em princípio, todo o direito muda, torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito (Luhmann, 1972).” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 49.)

⁵⁷ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 306

⁵⁸ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 307

⁵⁹ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 310

recusavam-se a aplicar novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários da administração. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que a única forma segura de prevenir este tipo de abuso era, primeiro, separar o legislativo e o executivo do poder judiciário e, em seguida, regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo.⁶⁰

Merryman destaca que, em virtude de os juízes fazerem parte da aristocracia⁶¹, que foi derrubada pela revolução, e serem contra a centralização do poder nesses órgãos adotados pela revolução, quando o sistema ruiu, e os revolucionários tomaram o poder, esses juízes foram todos depostos por aqueles que iriam agora aplicar a lei conforme a nova ordem jurídica⁶².

Ferraz Júnior explica que:

O direito, com a revolução Francesa, torna-se uma criação *ab ovo*. Com isso, ele instrumentaliza-se, marcando-se mais uma vez a passagem de uma prudência prática para uma técnica poietica. Ou seja, para usar uma distinção aristotélica (*Ética a Nicômaco*, 1094 a 21), o direito passa a ser concebido como *poisis*, uma atividade que se exterioriza nas coisas externas ao agente (por exemplo, com madeira de fabricar uma mesa) e que por isso exige técnica, isto é, uma espécie de Know-how, um saber-fazer, para que um resultado seja obtido. Deixa, pois, de se concebido, como o fora desde a Antiguidade, como uma *praxis*, uma atividade que não tinha um adimplemento exterior a ela mesma e ao agente; ela não visava senão ao bem agir (ético) do próprio agente, sua *eupraxia*. Está aí o núcleo do fenômeno da positivação do direito em seu sentido social.⁶³

No período pós-revolucionário iniciou-se a redação de leis para disciplinar as mais diversas matérias, desde casamento, transferências de propriedades, sobre penas, procedimentos, entre outras. Em 1791, a França promulga sua Constituição e determina a confecção de um Código Civil que discipline todas as matérias cíveis e que seja único para todo o país.

⁶⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law. Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 41.

⁶¹ “Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes No Brasil*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em 10 dez. 2018)

⁶² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law. Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 40-41.

⁶³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 50

O projeto que logrou êxito foi elaborado a partir da formação de uma comissão em agosto de 1800 que levou apenas quatro meses para concluí-lo. Ele foi levado à discussão pública e foi aprovado em etapas, sendo que em 21 de março de 1804, foi unificado em um único Código.⁶⁴

Repartiu-se a função do juiz em duas partes, “o procurador do rei (...) encarregado de zelar pela observância das leis penais, pela execução das sentenças e pelo comportamento dos juízes, de outro o acusador público, eletivo (...), encarregado de sustentar os motivos da acusação.”⁶⁵ Fica-se determinado que apenas a lei pode ser considerada fonte do direito; o costume, lembrado por ser a característica do antigo regime, deixa de ser considerado, é extirpado, pelo menos oficialmente, pela nova legislação; a jurisprudência e a doutrina, passam a ser gradativamente cada vez mais utilizadas como forma de integrar o direito, suprimindo lacunas e interpretando o direito legislativo posto.⁶⁶ Em relação ao Código Penal Zaffaroni e Pierangeli destacam que

Está bastante claro que o código de Napoleão procura antes de tudo a proteção do Estado, centrado na pessoa do Imperador. Deus havia sido substituído pelo Estado e os delitos contra este encabeçam a distribuição da matéria na parte especial. A velha ideia da legislação penal de Justiniano, que é “a expressão do princípio de que a conservação do Estado é fundamento de punição”, ressuscita no código de Napoleão e será difundida na Alemanha com fundamentos hegelianos.⁶⁷

Embora a Revolução Francesa seja tomada como o marco para esse processo de codificação, os primeiros códigos foram o da Áustria, promulgada a primeira parte em 1786, sendo totalmente finalizado apenas em 1811; e o da Prússia, em 1794, composto de 17.000 artigos; em 1798 proibiu-se sua interpretação através um Decreto, sendo que as dúvidas deviam ser remetidas a uma comissão legislativa formada para dirimi-las.⁶⁸

O código deveria ser escrito de uma maneira lógica, dentro de um sistema que facilitasse sua compreensão e sua utilização. Deveria ser a fixação

⁶⁴ Conforme ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do Direito privada e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

⁶⁵ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 311

⁶⁶ Conforme GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

⁶⁷ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 203

⁶⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do Direito privada e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

de um direito imutável, possibilitando o convívio entre as pessoas e a busca da paz social diante da segurança jurídica trazida por ele.^{69 70}

Essa época pós-revolução, de modificação do pensamento jurídico na Europa, crendo na superioridade dessa nova forma de governo, separaram-se os poderes e deram o monopólio de publicar as leis ao Legislativo, transformando os juízes em meros aplicadores da lei. Isso coincidiu com a expansão do poderio dos Países europeus sobre os povos não europeus, tendo como consequência a exportação dessa maneira de pensar e aplicar o direito. E foram assim substituídos os direitos locais.⁷¹

Em 1808, houve uma reforma no processo penal francês. Era matéria bastante debatida a permanência do júri ou sua exclusão – Napoleão era contrário à ideia de permitir que cidadãos comuns fossem os responsáveis por julgar matéria tão importante, entendendo que os jurados poderiam ser “condicionados e atemorizados no decorrer do processo”⁷². Ao final das discussões, ficou decidido pela eliminação do júri de acusação e a manutenção do julgamento pelo júri de julgamento⁷³.

No período seguinte – século XIX –, novamente, uma quebra, uma divisão na maneira europeia de ver o direito. Na França vigorou a Escola da Exegese que, com base no racionalismo, entendia que o legislador é quem cria o direito e que essas leis criadas devem ser aplicadas em conformidade com o

⁶⁹ Conforme HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998.

⁷⁰ “Os novos códigos, se, por um lado, procediam a um novo desenho das instituições correspondente à ordem social burguesa liberal, instituíam, por outro, uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação do direito mais cotidiana e mais controlável pelo novo centro do poder – o Estado. Estadualismo, certeza do direito e previsibilidade vão, assim, de braço dado, permitir a efetivação e a estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos. Os cem anos que decorrem entre 1750 e 1850, correspondem ao período de implementação de uma nova ordem política e jurídica, a que se costuma chamar liberalismo. No plano do direito, realizam-se então os seus pressupostos estratégicos – instauração, por meio legislativo, de um novo paradigma de organização (<<estadualismo liberal>>) e de organização social (<<liberalismo proprietário) que a mesma lei irá desenvolvendo nos seus detalhes institucionais.” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 171.)

⁷¹ Conforme HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 176

⁷² SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 331

⁷³ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 331

sistema jurídico, portanto os costumes, o direito comparado, a história, nada disso deve ser levado em consideração.

A Alemanha, em virtude de não ter passado pelo processo de codificação, seguirá a escola histórica alemã buscando essas fontes históricas culturais do direito. Hespanha sintetiza as consequências dessa escola histórica alemã, elencando o antilegalismo, a valorização de elementos dos costumes e da doutrina do direito, com a valorização do estudo da história, e por fim, a organização da jurisprudência como fonte de direito⁷⁴.

Dentro da escola histórica alemã, existe ainda a vertente Pandectística, que defende a subsunção, com a aplicação dos princípios ao caso concreto; plenitude lógica do ordenamento jurídico e a interpretação objetiva do contexto normativo.⁷⁵

2.1.1.7 Da Importação do Tribunal da Inglaterra para a França

Uma das modificações no ordenamento jurídico francês causadas pela Revolução Francesa foi a introdução do tribunal do júri nos países de tradição *Civil Law* para os julgamentos penais como forma de restringir o poder dos juízes, mas esta disciplina não foi estendida para as causas cíveis.⁷⁶

Como o procedimento do tribunal do júri foi importado do modelo inglês, o acusado era submetido a um júri de acusação, e se houvesse motivos justificadores, ele era encaminhado para um julgamento perante um júri de 12 jurados que deveriam se manifestar sobre a culpabilidade ou inocência do acusado. Para ser condenado, deveria haver o voto de pelo menos dez dos doze jurados⁷⁷.

⁷⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 183-184.

⁷⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 189-190.

⁷⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998. p. 166.

⁷⁷ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 311

O objetivo desta introdução era essencialmente político, como os juízes constituídos à época da revolução eram considerados parte daquele regime autoritário, considerados como parte daquela nobreza corrupta e autoritária, e sendo a revolução regida pelo desejo de tratamento igualitário entre todos, o instituto vem com a missão de podar os poderes dos juízes constituídos, cabendo a eles a mera aplicação fria da lei de acordo com aquilo que fosse decidido pelos jurados leigos. Importante destacar que

O modelo seguido pelos constituintes era o modelo do *trial by jury* inglês. No entanto, um exame da disciplina adotada na lei 1791 permite observar que nela não existem vestígios das estreitas inter-relações entre jurados e juízes que o júri inglês conhecia mesmo na separação entre juízo de fato e juízo de direito. Os constituintes franceses quiseram separar drasticamente os dois momentos, impedindo qualquer contato entre jurados e juízes togados, toda função, ainda que apenas informativa, dos juízes em relação ao júri, e isso pela desconfiança profunda para com a magistratura que os levara a decretar o fim da antiga ordem judiciária.⁷⁸

O direito legislado deveria ser tão claro, completo e minucioso que seria compreendido e poderia ser aplicado por qualquer pessoa. A lógica desse momento histórico era que a codificação iria prever todas as possíveis ocorrências, sendo simples a sua aplicação pelos jurados, e ao juiz de direito apenas caberia a aplicação da pena nos moldes decididos pelos jurados leigos.

2.2 DA TRADIÇÃO DA *COMMON LAW*

A matriz jurídica da *Common Law* é, mais que um sistema jurídico, uma verdadeira tradição jurídica; baseia-se na aplicação de precedentes jurisprudenciais, costumes e regras entranhados historicamente na sociedade, que garantiam uma segurança e estabilidade ao sistema como um todo⁷⁹.

Atualmente, é adotado como sistema jurídico nos países de colonização e dominação inglesa, como Estados Unidos da América (exceto a Louisiana) e

⁷⁸ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 312

⁷⁹ Schioppa afirma que “o direito inglês é fruto da criatividade dos juízes régios e da jurisprudência inglesa, que por meio de uma série ininterrupta de decisões para casos específicos construíram, a partir do século XII, um conjunto vasto e complexo de regras e princípios.” (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 149)

o Canadá (exceto Québec). Necessário fazer-se, preliminarmente, um esclarecimento: não é mais cabível igualar *Common Law* com o sistema inglês, uma vez que cada país que se desvinculou da dominação inglesa foi modificando seu sistema para se adequar à sua realidade histórico-cultural-geográfica. René David alerta que apenas a Inglaterra e o País de Gales seguem o “modelo inglês vigente”⁸⁰. Porém, sem dúvida nenhuma, a Inglaterra é o berço da *commow law*.

Utiliza-se como subdivisão deste tópico, a divisão proposta por René David, em seu livro “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo”, como melhor forma de se fragmentar o processo histórico da construção da tradição jurídica da família da *Common Law*.

2.2.1 O período Anglo-saxônico

O império romano dominou o território hoje conhecido como Inglaterra até o século V, porém, após sua derrocada, foi subdividido em grande parte entre os anglos, os saxões e os jutos. René David sustenta que não se sabe muito sobre o direito anglo-saxão deste período e destaca que não existe um direito único na Inglaterra, sendo regida cada tribo pelo seu direito local.⁸¹ Por conta disso, discute-se o Direito inglês a partir do século XI.

2.2.2 A formação da *Common Law*

Em 1066 a porção de terra hoje denominada Inglaterra foi invadida e conquistada pelos normandos na batalha de Hasting, comandados por Guilherme, o conquistador, que se autoproclamou rei.

⁸⁰ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 281.

⁸¹ Ver DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 284

Para assegurar seu reinado, Guilherme se instalou na Inglaterra, despejou as famílias anglo-saxônicas e nomeou os seus seguidores como nobres e donos das terras, distribuindo-as entre aqueles que lutaram a seu lado. Instalou-se assim o feudalismo na Inglaterra⁸². Contudo, ficou estipulado que a terra era propriedade do rei, logo, a sua utilização é que foi concedida aos senhores feudais. Isso foi uma profunda diferença do restante da Europa⁸³.

Outra diferença marcante foi a distribuição em pequenos pedaços de terra entre seus combatentes, centralizando fortemente o poder ainda nas mãos do Rei. Como as porções de terra eram diminutas, esses senhores não possuíam poderes suficientes para rivalizarem com o poder central.

René David⁸⁴ afirma que:

É como um exército acampado na Inglaterra; o espírito de organização e de disciplina manifesta-se na redação, a partir de 1086, do *Domesday*, documento em que são referenciados os 15.000 domínios (*manors*) e os 200.000 lares então existentes na Inglaterra. Esse caráter militar, organizado, do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento do *Common Law*.

O *Domesday*, registro das terras e lares da Inglaterra, foi feito com o objetivo de regulamentar as terras para efeitos de cobrança de impostos. Assim:

A justiça tradicional era administrada pelos tribunais do condado (*County courts*), composto dos proprietários fundiários (*freeholders*), e no interior de cada condado dos tribunais de centena (*Hundred courts*), também eles originários da era anglo-saxônica e, por outro lado, comuns a muitos reinos germânicos altomedievais, mas em muitos casos já em desuso nessa época.⁸⁵

⁸² “Em 1066, Guilherme, duque da Normandia, conquista a Inglaterra com a sua vitória na Batalha de Hasting. Declarando querer manter os direitos anglo-saxônicos, importa o feudalismo; mas de fato, os seus sucessores conseguem manter e desenvolver a sua autoridade real, tanto face aos seus vassallos de origem normanda como aos antigos chefes anglo-saxônicos.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 209)

⁸³ Já com Guilherme, o Conquistador, o Reino da Inglaterra assumiu algumas características destinadas a durar estavelmente no tempo. Antes de tudo, foi estabelecido o princípio segundo o qual todo território do reino pertencia ao rei, de modo que todo direito sobre terras e sobre imóveis era considerado juridicamente derivado, de forma direta ou indireta, de uma concessão soberana. (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 150)

⁸⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 285.

⁸⁵ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 150

Nessa época vigorava, em relação aos litígios comuns, a aplicação do direito local, costumeiro, com as *County Court* ou *Hundred Court*⁸⁶. A exceção, universalizante, era a do direito canônico, pois se tratava de um único direito aplicado a toda a comunidade católica. O rei exerce apenas a *Curia Regis*, a alta justiça, e apenas interfere em casos extraordinários, como quando a paz do reino estivesse ameaçada, ou, se por alguma circunstância, não possa ser praticada a justiça comum. Essa pequena interferência real se dá principalmente porque os senhores desejam ser os chefes de seus domínios sem a interferência externa.⁸⁷

No século XII surgiu, através do desenvolvimento das funções da *Curia Regis*, o parlamento como órgão autônomo, bem como os Tribunais Reais de Justiça que se fixaram em Westminster⁸⁸. Esses Tribunais reais são os únicos que conseguem garantir as execuções de suas decisões e, por isso, no final da Idade Média, já eram os únicos a serem procurados, permanecendo com a Igreja as questões relativas ao casamento e ao próprio clero.

Como já mencionado, nem todas as causas podiam ser julgadas por esses tribunais reais, por falta de competência. Para que fosse possível o conhecimento de alguns pleitos, era necessário que o litigante solicitasse um writ⁸⁹ ao Chanceler, com o pagamento uma taxa determinada, ou se dirigisse ao

⁸⁶ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 286

⁸⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993.

⁸⁸ “A princípio, o rei julgava no seu Tribunal, a *Curia regis*. Mas muito cedo, foram destacadas seções especializadas da *Curia* para se ocuparem de certas matérias: o Tribunal do Tesouro (*Scaccarium, Court of Exchequer*) desde o século XII para as finanças e os litígios fiscais, o Tribunal das Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*) a partir de 1215 para os processos entre particulares relativos à posse da terra, o Tribunal do Banco dos Reis (*King’s Bench*) para julgar os crimes contra a paz do reino. O *Scaccarium* e os *Common Pleas* tinham assento em Westminster, perto de Londres; o *King’s Bench (bench corant rege)* era um tribunal ambulatório que seguia o rei nas suas deslocções; foi somente no século XV que passou a ter sede em Westminster.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 210)

⁸⁹ “O writ não é uma simples autorização de agir dada ao autor. Apresenta-se tecnicamente, como uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito, satisfazendo assim a pretensão do demandante. Se o demandado se recusa a obedecer, o demandante agirá contra ele. A sua ação será justificada diante do Tribunal Real, menos pela contradição que ele opõe à pretensão do autor do que pela desobediência, que lhe é imputada, a uma ordem da administração.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 293)

juiz através das *querelas* ou *billas*. Porém, o efetivo acesso era bastante restrito.⁹⁰

Uma vez admitido o processo, as regras processuais eram tão complexas que era efetivamente o que decidia os litígios⁹¹. Daí a importância fundamental do “*due process*” nesse modelo.

O mais importante não foi, na Inglaterra, até o século XIX, determinar que solução, considerada justa, seria dada aos litígios. *Remedies precede rights*. Toda a atenção dos juristas, concentrou-se, durante muito tempo, sobre os variados processos, muitos formalistas, que correspondiam aos diferentes *writs*. Esses processos tinham uma única finalidade: formular as questões de fato que seriam submetidas ao júri. Deve-se lembrar que ainda em 1856 todas as ações levadas aos tribunais da *Common Law* implicaram na presença de um júri; os outros processos, mais arcaicos, onde não havia júri, haviam sido abandonados. **O desenvolvimento do direito inglês foi profundamente marcado pela preeminência das considerações referentes ao processo.** (sem grifo no original)⁹²

Com essa gradual ampliação da competência dos Tribunais Reais para julgar causas diversas de sua competência originária, os Tribunais de direito privado foram se extinguindo e pouco a pouco vieram a desaparecer as diferenças entre o direito público e privado, até acabar com essa divisão, aceita no *Civil Law*, mas não aplicada no *Common Law*.⁹³

Importante destacar: o aparecimento do tribunal do júri ocorreu no século XII, com o Rei Henrique II que pretendia lutar contra os ordálios⁹⁴, então criou-se o júri com o *writ novel disseisin*, que iria reunir doze homens da vizinhança para decidirem sobre problemas que envolvessem posse de terras, eliminando-

⁹⁰ O sistema de writs foi fundamental para a gênese do Common Law. Ele influenciou todo o direito inglês posterior, até os dias de hoje. Com base em formas de ação específicas, os juizes do rei construíram, nos séculos XII e XIII, um conjunto de regras capazes de resolver as controvérsias civis e de punir os ilícitos civis e penais. O processo era rigidamente formalizado, não apenas no sentido de ser necessário que os litigantes indicassem taxativamente, desde o primeiro momento, sob pena de derrota na causa, o writ ao qual pretendiam recorrer, mas também porque o processo – particularmente no que se refere à prova – não era o mesmo para os diversos writs: só alguns writs permitiam, por exemplo, a prova do júri, em vez da prova dos jurados ou do duelo judiciário. Além disso, as competências dos Tribunais não eram as mesmas, pois alguns writs podiam ser apresentados apenas diante de um dos Tribunais régios e não diante de outros. Também as medidas punitivas variavam e eram específicas dos diversos writs. De todo modo, não era possível agir à revelia dos writs reconhecidos e admitidos. (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 154)

⁹¹ Essa forma de pensar o direito diferencia-se substancialmente do pensamento da tradição *Civil Law*, onde os juristas preocupavam-se em estudar o direito material romano.

⁹² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 291

⁹³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 293

⁹⁴ Utilizasse o termo no masculino em razão do mesmo ser assim referido por DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 38.

se os duelos. Da mesma forma, os casos criminais passaram a ser levados ao conhecimento do *Grand Jury*, composto por 23 jurados nos condados, e 12 nas *Hundred*. Os jurados decidiam conforme o que conheciam da causa, sem se preocuparem com provas e decidiriam se o acusado seria remetido ao pequeno júri. Esse pequeno júri era composto de doze homens que deviam efetivar o julgamento decidindo se o acusado era culpado ou inocente.⁹⁵

Somente no século XIII houve a instalação do tribunal de Westminster com a criação de um novo direito comum para todos, que irá formar a *comune ley*, uma lei para toda a Inglaterra baseada, em muito, nos costumes⁹⁶. Schioppa assevera:

Em 1166, as Assembleias de Clarendon estabeleceram que os juízes régios visitassem periodicamente as várias partes do reino, na qualidade de juízes itinerantes, para investigar crimes cometidos no território com base em acusações e depoimentos apresentados pelos jurados locais. Diante de juízes do rei, quem cometia um crime podia ser perseguido não apenas como ofensor da vítima, mas como réu de “felonia”, ou seja, como violador da relação fiduciária com o rei, visto que, com sua conduta, perturbara a paz do rei. Todos os crimes passavam a ser, nessa perspectiva, causa da coroa (*placita cononae, pleas of the crown*): um resultado que foi avaliado como “um passo gigantesco na história do direito penal”.⁹⁷

Estes tribunais reais eram extremamente formais e havia muitas regras de processo aplicadas a eles. O primeiro desafio era justamente chegar até o júri, para lá poder tentar convencê-lo de seu direito⁹⁸. Schioppa assenta:

No fim do século XII, o júri (*trial by jury*) tornara-se o modo corrente de proceder tanto nas causas civis como nas penais. O júri era acionável com recurso a procedimentos específicos e diferenciados nos diversos tipos de ações e de writs; além disso, o papel dos jurados no processo era um papel de testemunhas qualificadas, não ainda de juízes de fato, por fim, não exigia unanimidade entre os jurados. Com essas características, que se modificarão no decorrer do tempo, o papel do jurado estava pelo menos definido como elemento essencial do sistema de *Common Law*.⁹⁹

⁹⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 214.

⁹⁶ “Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos *writs*; pela Magna Carta de 1215, conseguem pôr freio às limitações das jurisdições reais sobre as dos barões ou grandes vassallos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos tipos de *writs*; mas o *Statu of Westminster II* (1285), documento capital da história da *Common Law*, concilia os interesses do rei com os dos barões impondo o *status quo*: o Chanceler não pode criar novos *writs*, mas pode passar *writs* em casos similares.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 210)

⁹⁷ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 153

⁹⁸ “O processo; por outro lado, desenrolava-se perante um júri; rigorosas e necessárias regras de prova foram, por isso, elaboradas, para que se obtivessem veredictos razoáveis de jurados ignorantes e facilmente emotivos.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 321)

⁹⁹ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 158

2.2.3 Equity

A grande dificuldade de se lograr êxito na busca pela justiça, através de Tribunais tão formalistas, levava os perdedores a buscar seu último recurso que era solicitar a justiça diretamente ao Rei¹⁰⁰, isso porque os Tribunais Reais possuíam uma competência limitada e eram atrelados à *Common Law* e não podiam decidir contra os seus preceitos, mesmo que observassem a injustiça da decisão.

Em uma época em que os Reis eram colocados como a personificação da justiça e da generosidade, os Tribunais Reais entendiam que essa solução era adequada e em nada alterava seu prestígio perante a população¹⁰¹. David¹⁰² afirma que a partir do século XIV os pretensos litigantes que não logravam êxito em ver suas causas apreciadas pelos Tribunais Reais ou que perdiam nesta instância, requeriam ao Rei para intervir e decidir. Essa solicitação era encaminhada pelo Chanceler ao Rei, que, se entendesse cabível, decidia o conflito.

Acontece que essa decisão, tomada pelo Rei, muitas vezes contrariava a *Common Law*, o direito comum aplicado, produzindo outro tipo de direito aplicado.¹⁰³ O Rei ou o Chanceler, agindo em seu nome, deveria respeitar o

¹⁰⁰ “A *Common Law* considera o processo como uma espécie de torneio no qual o juiz desempenha um papel de simples árbitro. Cada uma das partes deve apresentar as suas provas, e nenhuma delas dispõe de qualquer meio para obrigar a outra a apresentar, por exemplo, um documento que esteja em sua posse.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 310)

¹⁰¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 295

¹⁰² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 295

¹⁰³ “Um elemento essencial do direito inglês é constituído pela extensão da jurisdição do Tribunal de Chancelaria. Desde a época normanda, o chanceler, guardião do grande selo do reino, era titular de poderes judiciários, pois a ele cabia, entre outras coisas, a emissão dos novos *writs* que constituíam a base da jurisdição do rei. E para os recursos, que os súditos continuaram a dirigir ao soberano mesmo após a formação dos Tribunais Centrais de Justiça, era o chanceler que se pronunciava em nome do rei, aceitando ou rejeitando os pedidos de intervenção em casos judiciais para os quais se dirigia ao rei a súplica de resolver os processos imperativos e restritivos dos Tribunais Centrais de Justiça. No decorrer do século XV essa função da Chancelaria se expandiu gradualmente, afirmando-se sobretudo onde o *Common Law* não oferecia a proteção adequada.” (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 268)

direito na aplicação ao caso concreto, mas “aplicar o direito não implica que se deva negligenciar a lei moral; é em nome dessa última que o Chanceler deve intervir”¹⁰⁴, ou seja, a *equity* permitia a aplicação da moral em busca da justiça ao caso concreto, mesmo que, excepcionalmente, contrariasse as normas da *Common Law*.

Gilissen afirma:

O *Common Law* foi realmente criado pelos juízes dos Tribunais reais de Westminster. Estes tornaram-se muito cedo, pelo menos desde o século XIV, juízes profissionais, no sentido em que se consagram quase exclusivamente ao estudo do direito; mas não são, como mais tarde nas grandes jurisdições do continente, legistas formados nas universidades na disciplina do direito romano. Os *Common Lawyers* são antes de mais nada, práticos, formados como litigantes (*barristers*, advogados); não era necessário ser licenciado em direito por uma universidade para vir a ser *solicitor* (solicitador), *barrister* ou *judge*.¹⁰⁵

No século XIV, entre 1337 à 1453, a Inglaterra envolveu-se na conhecida Guerra dos 100 anos com a França, sendo sucedida pela disputa interna da Guerra das duas Rosas.

Como consequência dos problemas de disputa pelo trono que exigiam atenção do Rei, é que no século XV torna-se cada vez mais comum o Chanceler atuar como juiz sem a presença do Rei ou de seu Conselho (agindo como seu representante) e aplicar a justiça por equidade ao caso concreto. *Equity* pode ser entendida como a aplicação justa ao caso concreto, o que os reis ou chanceleres poderiam fazer uma vez que para alcançar a justiça poderiam desconsiderar o estabelecido na *Common Law*. René David sintetiza que a “*equity* é um conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema – o da *Common Law* -, então bastante insuficiente e defeituoso.”¹⁰⁶

Essa justiça aplicada se distancia da justiça aplicada pelos Tribunais Reais que aplicam a *Common Law* construída cada vez mais com base no

¹⁰⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 309

¹⁰⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 211

¹⁰⁶ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 309

formalismo dos procedimentos, e por isso, aumenta o número de recursos.¹⁰⁷

Schioppa esclarece:

O rei favoreceu a jurisdição do Tribunal de Chancelaria, que a partir do século XV passou a ser uma jurisdição complementar em relação à dos tribunais de *Common Law*, com regras inicialmente fluidas, depois fixadas pelos precedentes. Ela assumiu o nome de Equity. O processo era totalmente distinto do dos outros tribunais régios: entre outras coisas, nos processos da Chancelaria não existia o júri, enquanto o chanceler impunha ao citado o juramento sobre os fatos contestados.¹⁰⁸

No século XVI, a dinastia dos Tudors reinou como reis absolutistas e com isso trouxe toda a subjugação para seu povo e influenciou diretamente o direito aplicado à época. Segundo René David¹⁰⁹, aplicou-se a prerrogativa real, em que o Rei poderia decidir alguns casos específicos; criou-se a *Star Chamber*¹¹⁰ para julgamentos criminais; e para o julgamento civil, um jurista teria a prerrogativa real para proferir os julgamentos com base na equidade.

Há uma modificação significativa em relação aos júris penais e civis (que como mencionado anteriormente surgiram em 1166 no reinado de Henrique II), e os jurados passam a decidir as matérias de direito, a prova é produzida através de testemunhos ou por documentos escritos, e os juízes aplicam o veredito de acordo com o decidido pelos jurados.¹¹¹

Ocorre que o procedimento adotado, nesses casos, segue muito mais o procedimento do direito canônico e o direito romano – escrito e por isso não admite um júri - do que o procedimento dos Tribunais Reais que aplicam a *Common Law*. Assim “estes princípios dão, de uma forma geral, melhor do que

¹⁰⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 296

¹⁰⁸ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 268

¹⁰⁹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 296-297

¹¹⁰ “Remonta desta época a instituição de um tribunal de justiça penal especial, a *Star Chamber*, constituída pelo conselho do Rei – ou seja, pelo chanceler, o tesoureiro e por outros ministros com a participação do próprio soberano -, que perseguia uma ampla série de crimes com um procedimento expeditivo e sumário, rápido e eficaz mesmo em relação a personagens poderosos, sem a intervenção do júri, sem o poder de condenação capital, mas com recurso à tortura judiciária, que os outros tribunais ingleses não praticavam. Originada de um estatuto de 1487, a Câmara Estrelada atuou por um século e meio e foi considerada legítima também pelos outros tribunais de justiça, mesmo na vigência de outros estatutos que proibiam a jurisdições penais especiais, em coerência com o princípio do ‘juízo dos pares’ pertencente à Magna Carta.” (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 267)

¹¹¹ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 267

as regras arcaizantes e ultrapassadas da *Common Law*, satisfação ao sentimento do interesse social e da justiça do tempo da Renascença”.¹¹²

Nessa época o direito Inglês se aproxima do direito europeu, seduzido pela suposta evolução do direito escrito, pela sua segurança e imutabilidade, além do controle proporcionado ao Rei sobre seu conteúdo. Contudo, os juristas da época, apoiados pelo Parlamento, eram contra a extensão dessa *equity* para todas as áreas e a substituição do tradicional direito inglês. Começa uma luta violenta entre as duas “jurisdições”. Desta forma, em 1616 o Rei Jamie I decide a favor das Chancelarias declarando legítimas as decisões tomadas com base nas *equitys*.¹¹³

É por isso que funcionarão lado a lado os Tribunais Reais de Westminster, que aplica o *Common Law*, e o Tribunal da Chancelaria, que aplica a *equity* e passa a ser cada vez mais jurídica. René David¹¹⁴ afirma que:

A *equity* se tornara, partir do século XVII, um corpo de verdadeiras regras jurídicas, administradas pelo Tribunal da Chancelaria segundo um processo e em condições que nada ficavam a dever, em formalismo e em minúcias, aos processos e condições de aplicação da *Common Law*.

Em 1641 houve a supressão da Star Chamber. E na segunda metade do século XVIII ocorre a assimilação do direito comercial pela *Common Law*. E apenas em 1679 o *Act of Habeas Corpus* inseriu a possibilidade de quem fosse detido ilegalmente fosse entregue ao juiz, e com isso a oportunidade de ser submetido a um julgamento perante um júri constituído.¹¹⁵

Apenas entre os séculos XVI e XVII surge a ideia de vinculação das decisões futuras às decisões equivalentes tomadas no passado. O uso de precedentes das decisões judiciais – hoje tão sedimentada no direito inglês –

¹¹² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 296. Também GILISSEN (*Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 213) afirma que “Aplicando um processo escrito inspirado pelo do direito canônico, o Chanceler julgava segundo princípios muitas vezes extraídos do direito romano. Os reis da Inglaterra, no século XVI, alargaram as jurisdições de *equity*, mais favoráveis ao desenvolvimento do seu poder no sentido do absolutismo, em detrimento das jurisdições de *Common Law*, consideradas arcaicas e obsoletas.

¹¹³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 298

¹¹⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 312-313

¹¹⁵ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 271

chamada de *Stare Decisis*, ainda assim, não era unanimemente aceita pelos juízes¹¹⁶.

Resumindo a função da *equity* no direito inglês, René David assevera que

a *equity* parece-lhes um conjunto de regras que vieram corrigir historicamente o direito inglês, e que constituem hoje uma peça integrante do mesmo. As razões que outrora justificaram a intervenção do Chanceler já não existem: o parlamento poderá intervir se o direito inglês tiver necessidade de um aperfeiçoamento. As seguranças das relações jurídicas e a supremacia do direito seriam ameaçadas se, sob o pretexto da equidade, os juízes aceitassem colocar em discussão regras de direito estabelecidas; os ingleses manifestaram, de maneira clara, em fórmula surpreendente, a sua determinação de não seguirem este caminho.¹¹⁷

Ainda importante ressaltar que o primeiro curso de direito inglês em uma universidade da Inglaterra foi criado somente em 1758 em Oxford, e em Cambridge somente em 1800, muitos séculos após a universidade de Bolonha.¹¹⁸ Mesmo assim, os grandes juristas não eram saídos da universidade e sim grandes práticos do direito¹¹⁹, isso se dá como decorrência lógica do próprio sistema jurídico, vez que são as decisões que vão formando o arcabouço jurídico e não um procedimento apartado de codificação. Até os dias atuais, as universidades não são requisitos para a advocacia nos países de tradição que seguem a *Common Law*.

2.2.4 Período moderno

¹¹⁶ Ver SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 274-275

¹¹⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 299

¹¹⁸ “o processo inglês não se opunha somente à influência do direito romano; a sua complexidade desencorajava os juristas a irem receber na universidades uma aprendizagem de princípios, que não lhes serviria para nada na prática. Os juristas ingleses nunca foram formados na universidades, e, ainda hoje, quando é obrigatória uma licenciatura para se tornar advogado ou *solicitor*, esta licenciatura pode ser outra que não em direito.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 307)

¹¹⁹ “O direito inglês não é um direito de universidade nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído das fileiras dos práticos; não é o professor da universidade; somente uma minoria de juristas estudou nas universidades; nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 320)

No período de 1873 a 1875, houve a supressão da distinção entre os dois Tribunais na Inglaterra, os Tribunais Reais de Westminster e os Tribunais da Chancelaria, portanto todos os tribunais seriam competentes tanto para dar decisões de *Common Law* como para dar decisões de *equity*.

Até essa junção realizada através do *Judicature Acts*, existiam situações em que, por causa da matéria e do pedido, era necessário que o litigante ingressasse com uma ação, em cada um dos Tribunais, relacionada à mesma causa de pedir. Após esta unificação, acabou essa dualidade.

Contudo, deve-se à *Equity* a inserção no direito inglês de diversos institutos hoje aceitos, bem como a uma modernização necessária para a continuidade da *Common Law*.¹²⁰

Somente no século XIX a doutrina do *Stare Decisis* será tomada como obrigatória e será considerada até mesmo como uma única decisão, no sentido da causa em julgamento, e deve servir de base decisória para a tomada de decisão do caso *sub judice*, e isso se dá em razão da tendência legalista do século XIX.^{121 122} René David¹²³ explica:

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a regra de precedentes (*rule of precedente*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. Anteriormente a esta época houve a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência e considerou-se, cada vez mais frequentemente, que tinha sido julgado para encontrar a solução que comportava um litígio, mas nunca se tinha adotado o princípio de que fosse

¹²⁰ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 269

¹²¹ SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 275

¹²² “Note-se, ademais, que o *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX, muito tempo depois do aparecimento das doutrinas de Bentham e de Austin. *London Tramways v. London County Council*, decidido em 1898, constitui o cume de uma evolução em direção à vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões, pois o conceito de *rules of precedent* e a ideia de vinculação (binding) foram consolidados no período entre 1862 e 1900. Na realidade, quando, em *London Tramways v. London County Council*, foi clara e objetivamente colocada a questão relativa à possibilidade de a *House* considerar argumentos para contrariar as suas decisões, não houve hesitação em se decidir que isto não poderia ocorrer. Ou seja, a vinculação horizontal, na *House of Lords*, é devedora de um precedente com feição de *rule of precedent* (de regra concernente à eficácia dos precedentes) e não de direito substancial.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes No Brasil*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em 10 dez. 2018)

¹²³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 341

rigorosamente obrigatório seguir os precedentes. A tendência legalista do século XIX, à qual se liga na França a escola da exegese, conduziu, na Inglaterra, à submissão a uma regra mais estrita do precedente.

As legislações vieram a auxiliar o Poder Judiciário¹²⁴, porém, sem a influência direta como existe no *Civil Law*, sem codificações e permanece fiel ao espírito do direito inglês de desenvolvimento com base na obra do tribunal. Hoje o “legislador oferece-lhes novas possibilidades e lhes indica novas orientações, mais do que cria ele próprio, na realidade prática, um direito novo.”¹²⁵

Ainda hoje, existem na Inglaterra dois ramos de direitos com matérias afetas a cada um deles, e com procedimentos próprios e bem distintos, não mais pelo que se busca e sim pela matéria litigada.

Findos os esclarecimentos da formação histórica do pensamento jurídico das matrizes trabalhadas, oportuna a análise do instituto do tribunal do júri para compreender sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, buscar entender sua conformidade legislativa.

¹²⁴ “Importante destaque merece a informação que “ Com relação ao direito penal, a faculdade de criar delitos pelos tribunais foi sendo gradualmente abandonada, ainda que se reconhecesse que os tribunais tinham um resíduo de sua antiga atribuição. Em 1972 a Câmara dos Lordes ‘rejeitou unanimemente a existência de um poder residual nas cortes para criar novos delitos ou ampliar os existentes, e tornar puníveis condutas do tipo anteriormente não submetido a pena’ (Cross and Jones), a partir do que a criação analógica de delitos já não tem vigência na Grã-Bretanha.” (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 169)

¹²⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 301

3 O JÚRI E SUA CONFORMAÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

3.1 NATUREZA JURÍDICA E SISTEMAS APLICÁVEIS

O instituto do tribunal do júri é vastamente conhecido no Brasil por todos. É o órgão do poder judiciário competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Segundo o Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva, a palavra Júri:

Derivado embora do inglês *jury*, cuja grafia era antigamente adotada, onde a instituição teve origem, é a palavra de formação latina. Vem de *jurare* (fazer juramento), pois precisamente, em face do juramento que era prestado pelas pessoas que o vão formar, se derivou o vocábulo.

Júri, assim, é a designação dada à instituição jurídica, formada pelos *homens de bem*, a que se atribui o dever de julgar acerca de fatos, levados a seu conhecimento.¹²⁶

Trein traz uma definição combinada com seu início:

A palavra “júri” deriva do latim *jurare* (fazer juramento), que significa invocar Deus como testemunha. E o mais interessante de tudo é que, com o surgimento desses primeiros tribunais, os antigos Juízos de Deus renasciam revigorados, mas dessa vez com uma feição tipicamente representativa: os próprios homens (e não as torturas) seriam os intérpretes da vontade divina.¹²⁷

Para Renato Brasileiro¹²⁸, o instituto do tribunal do júri é:

um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça Comum Estadual ou Federal, colegiado e heterogêneo, formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados, 7 (sete) dos quais compõem o Conselho de Sentença, que tem competência mínima para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, temporário, porquanto constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido, dotado de soberania quanto às decisões, tomadas de maneira sigilosa e com base no sistema da íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos.

Para Tribuzi¹²⁹ pode-se conceituar tribunal do júri como:

¹²⁶ SILVA, De Plácido e; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. *Vocabulário Jurídico conciso*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 467)

¹²⁷ TREIN, Thales Nilo. *Júri, as linguagens praticadas no plenário*. Rio de Janeiro: Aide. 1996. p.136

¹²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. (e-book)

¹²⁹ TRIBUZI, Flávio de Azevedo. *O Tribunal do júri ao Alcance de Todos*. 2 ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas. 1992. p. 11

Um mecanismo de que dispõe o Poder Judiciário na sua missão de apurar, julgar e punir os crimes praticados nos limites de sua jurisdição.

O Tribunal do júri, também chamado de Tribunal Popular, é formado por um grupo de pessoas do povo para, sob a presidência de um Juiz de Direito, julgar em nome da sociedade, qualquer elemento da comunidade acusado da prática de um crime contra a sociedade. É a sociedade julgando um de seus integrantes pela prática de um ato criminoso, e por esta razão há quem diga que esta forma de julgamento é uma das mais elevadas e perfeitas expressões democráticas do mundo moderno.

Segundo Barros¹³⁰:

O júri é a participação popular nos julgamentos criminais. Por isso, de um modo geral, é aceitável o entendimento de TOCQUEVILLE de que o júri consiste em um “certo número de cidadãos escolhidos pela sorte e revestidos momentaneamente do poder de julgar.”

Roberto Tardelli¹³¹ assevera que:

O júri, a idéia (sic) dele, diria até mesmo o verbete, *júri*, transporta-nos para a participação popular, a legitimação popular. Em outras palavras, encaminha-nos para uma decisão colegiada, em que há uma maioria, que se expressou em igualdade de condições. Essa maioria não se impôs pela força, pela arma, pelo poder econômico, mas nasceu de uma soberania que nós muito mais intuímos do que compreendemos.

No Brasil o tribunal do júri é instituição bastante conhecida entre os cidadãos e pode ser definido com o tribunal competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. É composto por um juiz de direito – togado - e outros 7 jurados que irão julgar se o acusado deverá ser condenado ou absolvido.

Há uma divisão de tarefas entre o juiz presidente e os jurados, estes somente decidirão sobre o fato, e aquele aplicará o direito dentro dos padrões decididos pelos jurados.

O vocábulo comumente é utilizado para se referir tanto ao corpo de 7 jurados, que constituirão o Conselho de Sentença, a quem caberá decidir sobre o fato julgado, quanto ao tribunal do júri, que é composto pelo juiz presidente – um juiz togado - e por este Conselho de Sentença composto por 7 jurados sorteados.

Em razão da sua localização dentro das garantias e direitos fundamentais da Constituição Federal e da sua origem política na revolução francesa, existe uma discussão sobre a natureza jurídica do tribunal do júri, sobre qual seria seu caráter predominante.

¹³⁰ BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Processual Penal*. vol. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 840.

¹³¹ TARDELLI, Roberto. *Tribunal do júri : a arte de julgar o próximo*. Niterói: Nahgash. 2007. p. 8.

Nessa discussão vislumbram-se três correntes distintas, mas que parecem se entrecruzarem no ponto em que doutrinadores¹³² argumentam que sua principal natureza jurídica seria de direitos fundamentais, outros de direito constitucional, e por fim que teria natureza primordialmente política, geralmente com o intuito de legitimar a manutenção do instituto.

Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino¹³³ parece adotar uma posição mista que abrange as três correntes ao declarar que:

cumprir registrar o entendimento doutrinário a respeito da natureza jurídico-política do Tribunal do júri, no sentido de reconhecer sua natureza constitucional. Trata-se de uma garantia individual, de um direito a ser assegurado pela Constituição, e não simples órgão do Poder Judiciário, na medida em que a democracia participativa importa, entre outras coisas, em atuação popular direta em relação aos Três Poderes.

Em uma análise histórica das Constituições Brasileiras, parece demonstrar-se o caráter eminentemente político da instituição, uma vez que o tribunal do júri apenas foi considerado uma garantia pela Constituição de 1891, porém, na Constituição de 1934 já voltou a ser previsto dentro do capítulo do Poder Judiciário, e em 1937 a Constituição sequer fez menção a ele. Em uma análise perfunctória da trajetória histórica do instituto do Júri nas Constituições Brasileiras já não se conseguem sustentar argumentos para afirmar que a natureza jurídica deste órgão é de direito fundamental.

Guilherme de Souza Nucci¹³⁴, após fazer uma análise de Direitos e Garantias Individuais, conclui que o tribunal do júri possui uma natureza de garantia individual, mas somente formalmente:

Conclui-se, pela natureza dos direitos e garantias fundamentais, que o júri é apenas *formalmente* uma garantia individual. Se não fosse previsto na Constituição, como ocorre na maioria dos países, jamais iria prejudicar o caráter de Estado Democrático de Direito que o Texto Básico visa a assegurar.

Por sua vez, em relação à natureza constitucional, pode-se afirmar que, embora previsto dentro da Constituição da República de 1988, o tribunal do júri

¹³² Ver ROCHA; Arthur Pinto. *O Jury e a sua evolução*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Leite & Ribeiro. 1919; PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri, procedimento e aspectos do julgamento. Questionário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973; AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. *A função garantidora da pronúncia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004; NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹³³ AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. *A função garantidora da pronúncia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 12.

¹³⁴ Nucci, Guilherme de Souza. *Júri, Princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 54.

é reconhecidamente um órgão do Poder Judiciário, inclusive é previsto dentro do capítulo do Poder Judiciário na Constituição de 1934, e tem no Código de Processo Penal toda a sua regulamentação.

A natureza jurídico-política aparenta ser a mais acertada, vez que foi uma opção política da constituinte de 1988 prever o instituto novamente dentro da Constituição. Até mesmo porque essa inclusão sequer foi alvo de profundos debates¹³⁵; essa escolha se deu com a ânsia de retornar ao status anterior ao sofrido com a ditadura militar e foi uma resposta à população, que almejava uma Constituição Democrática e essa escolha deu-se também por ser o tribunal do júri uma instituição reconhecida como democrática por causa da participação popular.

3.2 O caminho percorrido pelo tribunal do júri no Brasil

3.2.1 A introdução do instituto do tribunal do júri na legislação brasileira

O tribunal do júri foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro ainda no Brasil Colônia, em 1822, por um Decreto de 22 de julho¹³⁶, assinado pelo príncipe Dom Pedro I para dar nova regulamentação aos crimes de imprensa. Esse Decreto determinava que seriam escolhidos 24 cidadãos entre os “homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”¹³⁷ para servirem de jurados de fato dos crimes de liberdade de imprensa cometidos. Desses 24 homens, 16 poderiam ser recusados pelos réus, e o julgamento realizado pelos 8 restantes. Esse

¹³⁵ Ver: TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri : origem, evolução, características e perspectivas*. In: TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri : Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

¹³⁶ James Tubenchlak afirma que “em nosso país, a iniciativa da criação do Tribunal do júri coube ao Senado da Câmara do Rio de Janeiro, dirigindo-se, em 04.02.1822, ao Príncipe Regente D. Pedro, para sugerir-lhe a criação de um ‘juízo de Jurados’ . A sugestão, atendida em 18 de junho, por legislação que criou os ‘Juizes de Fato’, tinha a competência restrita aos delitos de imprensa.” (TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri : contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 5)

¹³⁷ BRASIL. *Decreto de 22 de julho de 1822*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim-18-7-1822.htm .Acesso em: 15 jan. 2018

Decreto não regulamentou nenhum procedimento específico para esse instituto que agora adentrava aos procedimentos jurídicos, apenas determinava que se procedesse como nos conselhos militares de investigação.¹³⁸ Da decisão cabia apenas apelação para a clemência do Príncipe¹³⁹.

Com essa inovação, o legislativo brasileiro superou até mesmo Portugal, sede do Reinado Português, onde o tribunal do júri somente foi introduzido meses mais tarde, em setembro de 1822, na Constituição Portuguesa de 1822, nos artigos 177 e 178.

Tucci explica esse fenômeno:

Há de se considerar que o Brasil, às vésperas da independência, começou a editar leis contrárias aos interesses da Coroa ou, ao menos, dissonante do ordenamento jurídico de Portugal. Por isso, instalou-se o júri em nosso País, antes mesmo que o fenômeno atingisse a Pátria Colonizadora. Assim, em 18 de junho de 1822, por decreto do Príncipe Regente, criou-se o Tribunal do Júri no Brasil, atendendo-se ao fenômeno de propagação da instituição corrente em toda a Europa. Pode-se dizer que, vivenciando os ares da época, o que 'era bom para a França o era também para o resto do mundo'.¹⁴⁰

Em 07 de setembro de 1822 foi proclamada a independência do Brasil de sua pátria colonizadora Portugal. Assim, passou a ser governado exclusivamente pelo monarca Dom Pedro I.

Em 1824 entra em vigor a primeira Constituição Política do Império do Brasil, em que a instituição do tribunal do júri foi prevista no Título 6º, dentro do Poder Judiciário, nos artigos 151 e 152, determinando que o Poder Judiciário seria composto de juízes e jurados, com competência alargada para julgar tanto as causas cíveis como as criminais; aos jurados competia conhecer o fato e aos juízes aplicar o direito. Assim o disciplinamento constitucional alargou a competência do tribunal do júri, mas permaneceu sem uma disciplina de como ele deveria ser implementado e como deveria funcionar.

¹³⁸ Interessante notar que essa lei somente seria aplicada a uma parte da imprensa, havendo a ressalva que “os autores de pasquins, proclamações incendiárias, e outros papéis não impressos serão processados e punidos na forma da prescripta pelo rigor das leis antigas” – (BRASIL. Decreto de 22 de julho de 1822. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim-18-7-1822.htm. Acesso em: 15 jan. 2018)

¹³⁹ Note-se que nesse primeiro momento de Brasil colônia, os decretos não eram escritos em parágrafos e sim em texto corrido, e por isso deixa-se de citar os parágrafos em que estão inseridos cada normatização, sendo que nos textos legislativos que contiverem parágrafos, ir-se-á mencioná-los expressamente.

¹⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas*. In: TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 43.

Nota-se que a Constituição de 1824 deste jovem país, ao prever a instituição do tribunal do júri, segue os passos dos países mais modernos da Europa, como Inglaterra e França.

Autores como Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino e Marcus Vinícius Amorim afirmam que o tribunal do júri, mesmo previsto constitucionalmente, nunca funcionou em matéria cível¹⁴¹.

Apenas com a lei de 20 de setembro de 1830 é que o tribunal do júri ganha sua primeira regulamentação; há que se destacar que novamente a lei trata dos crimes cometidos com abuso da liberdade de expressão e crimes de imprensa e é em vários artigos bastante específica com a regulamentação¹⁴².

No título terceiro, do artigo 14 ao artigo 19, estipulava a forma de eleição dos jurados, bem como a forma de eleição do promotor para cada uma das cidades. A lista geral seria composta nas capitais de provinciais de um total de 60 homens e nas cidades menores e vilas, de um total de 39 homens; eram elegíveis todos os que pudessem ser eleitores; com algumas exceções previstas: Senadores, Deputados, Bispos, Vigários entre outros; só podiam escusar-se os maiores de 60 anos e os doentes físicos ou mentais. Depois de realizada a votação, deveriam ser feitas as cédulas com os nomes que permaneceriam guardados em uma urna no arquivo da Câmara.

O procedimento era previsto sendo composto de duas partes, o “Júri de Acusação” e o “Júri de Julgação”. No Júri de Acusação o objetivo era julgar se haveria ou não matéria para acusação¹⁴³ através de decisão de maioria absoluta dos jurados. Assim, o juiz e os jurados¹⁴⁴ ouviriam a acusação e o denunciado, as testemunhas e as demais provas, e se recolheriam para determinar se o caso iria ou não a julgamento perante o tribunal do júri. O jurado que participasse do Júri de Acusação não poderia participar do Júri de Julgação.

¹⁴¹ Ver AQUINO, Alvaro Antônio Sagulo Borges de. *A função garantidora da pronúncia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004 e OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Tribunal do júri Popular na ordem jurídica constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

¹⁴² Ver artigo 23 e 32 da Lei de 20 de setembro de 1830.

¹⁴³ BRASIL. *Lei de 20 de setembro de 1830*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html. Acesso em: 18 jan de 2018

¹⁴⁴ Um menino tiraria as cédulas dos nomes num total de 12 se fosse na capital e 10 nos demais lugares. (BRASIL. *Lei de 20 de setembro de 1830*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html. Acesso em: 18 jan de 2018)

O Júri de Julgação é que efetivamente iria condenar ou absolver o réu, o de acusação apenas decidia se esta acusação poderia ir a plenário ou não, ou seja, era uma espécie de juízo de admissibilidade. Após o sorteio dos 12 jurados por um menino, começariam os trabalhos com o interrogatório do réu, após este a leitura das peças pelo escrivão, seguido da inquirição das testemunhas – separadas uma das outras e sem especificar se as testemunhas de acusação deveriam ir primeiro - pelo juiz e pelas partes. Terminava o ato com as sustentações orais pela acusação e pela defesa.

Ato continuo, o juiz passava a ler os quesitos já fixados na lei¹⁴⁵. Eram retirados os jurados da sala, e a portas fechadas decidiriam por maioria absoluta.

Em 29 de novembro de 1832 foi promulgado, o Código de Processo Criminal do Império dando um disciplinamento amplo e irrestrito ao instituto¹⁴⁶.

Na primeira parte, Título I, Capítulo III, Das pessoas encarregadas da administração da justiça nos termos. A Secção 1 - dos artigos 23 ao 32 - tratava dos jurados, determinava que poderiam ser jurados todos os cidadãos que pudessem ser eleitores e com reconhecido bom senso e probidade, excetuava os que tivessem falta de inteligência, integridade, ou bons costumes, além dos ocupantes de cargos como os “Senadores, Deputados, Conselheiros, Ministros de Estado, Bispo, Magistrados, Officiais de Justiça, Juizes Ecclesiasticos, Vigarios, Presidentes, e Secretarios dos Governos das Provincias, Commandantes das Armas, e dos Corpos de 1ª linha”¹⁴⁷.

No Título IV – a partir do artigo 228 -, em que trata do processo ordinário, estabeleceu o procedimento propriamente dito. No capítulo I, Da Accusação, Secção Primeira, trata especificamente dos atos preparatórios da acusação, em que estabelece a forma de intimação das partes e das testemunhas para comparecerem ao julgamento; se o réu estivesse preso em comarca distinta deveria ser transferido e se afiançado deveria assinar termo de

¹⁴⁵ Recordando que por ser a lei específica para combater os crimes de abuso de liberdade de imprensa traz uma quesitação própria para esses crimes.

¹⁴⁶ “Fora grande o salto do Livro V das Ordenações do Reino, para o liberalíssimo regime do Código de Processo Criminal, - o que levou o próprio autor deste, o senador ALVES BRANCO, em setembro de 1835, a propor reforma parcial da legislação em vigor, sobretudo em relação aos juizes de paz e ao Júri.” (MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller. 1997, p. 41)

¹⁴⁷ BRASIL, *Código de Processo Criminal do Império*, 29 de novembro de 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 18 jan 2018

comprometimento de comparecer à sessão (art. 229),. Previa inclusive que o réu ausente em lugar incerto e não sabido não poderia ser acusado (art. 233).

A Secção Segunda trata dos atos preparatórios para a formação do 1º Conselho de Jurados, aqueles que participarão do Júri de Acusação, determinando a intimação de todos os jurados para o dia da sessão, em que serão sorteadas as 60 cédulas dos jurados então convocados para a sessão do dia do júri de acusação (art. 236).

A Secção Terceira trata da formação do 1º Conselho de Jurados ou Júri de Acusação¹⁴⁸, determina que das 60 cédulas que se encontrem na urna, com a presença de no mínimo 48 Jurados, 23 serão sorteadas por um menino (art. 238). Estes serão competentes para apreciar todos os processos prontos para julgamento (art. 239).

Na Secção Quarta, o Código trata da conferência do 1º conselho de jurados ou Júri de Acusação. Os jurados serão recolhidos a outra sala secreta, onde votarão no presidente e no secretário dos jurados (art. 243). Os processos serão entregues a eles e lidos pelo secretário (art. 244). Após os debates, o presidente colocará em votação para decidirem se há matéria suficiente para proceder à acusação e, em sendo afirmativo, responderão se o júri achou matéria para acusação. Após a decisão tomada por maioria, os jurados retornarão à primeira sala e o presidente lerá a decisão (art. 245 a 251).

Nota-se que esse Júri de Acusação novamente apenas faria um juízo prévio em caso de haver a possibilidade de remetê-lo ao julgamento perante um Júri de Sentença.

O Capítulo II tratou do 2º Conselho de Jurados ou Júri de Sentença. Após a deliberação de que existe matéria para o processamento perante o 2º Conselho de jurados, a acusação deve oferecer o libelo acusatório em um prazo de 24 horas (art. 254). O Código traz a ressalva de que não há privilégio para

¹⁴⁸ “O intuito desse Júri era proporcionar embasamento probatório suficiente para oferecimento da pronúncia, função esta do Juiz de Paz. Reuniam-se de seis em seis meses e a portas fechadas e sem presença de um Juiz decidiam sobre a acusação ou não do suspeito. Caso fossem colhidas provas suficientes, o acusado seria levado a julgamento pelo Júri de Sentença formando por doze pessoas escolhidas, também, dentre os sessenta cidadãos disponíveis para serem eleitos como Jurados .” (CARVALHO, Iana Karine Cordeiro de. *Do Tribunal do júri Luso Brasileiro*. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=BP6yDAAAQBAJ&hl=pt-BR&printsec=frontcover&pg=GBS.PA31>). Acesso em: 05 mai 2018.

ninguém, mas acrescenta que se excluem do Júri aqueles que possuem seus jurados privativos previstos na Constituição (art. 257 e 258).

O número de jurados para esse 2º Conselho é de 12. O julgamento inicia-se com o interrogatório do acusado, seguido pela leitura das peças pelo escrivão (art. 259). No momento de a acusação se manifestar, ela deve ler as peças que entender necessárias, e serem ouvidas as suas testemunhas, assim também se procede no momento da defesa (art. 260 a 265).

Após os debates e achando-se a causa pronta para ser decidida são lidos aos jurados os quesitos pré-determinados pelo Código¹⁴⁹. Em seguida, os jurados são retirados para outra sala, a sala secreta, onde discutem e decidem por maioria absoluta de votos (art. 270).

Do julgamento pelo tribunal do júri, é previsto o recurso de apelação somente se o Juiz não concordar com o veredito dos jurados, e, neste caso, o processo é devolvido a novo júri ou, se não se impuser a pena declarada em lei, quando a Relação, ao julgar o recurso, já impõe a pena cabível (art. 301 a 304). Cabe protesto por novo júri, se a pena imposta for de 5 anos de degredo ou desterro, 3 anos de galés ou prisão, se de morte (art. 308).

Em 1841 houve uma reforma no Código de Processo Criminal do Império pela Lei 261, de 3 de dezembro, que modificou o procedimento e suprimiu o Júri de Acusação, era este procedimento realizado pelo Delegado ou pelo Sub-Delegado (art. 4º, § 9º), bem como a organização da lista dos jurados (art. 28).

Passam a ser aptos a serem jurados apenas aqueles que puderem ser eleitores, que saibam ler e escrever e que tenham um rendimento anual de quatrocentos mil réis e se morarem em Rio de Janeiro, Bahia, Recife, e São Luiz do Maranhão, de trezentos mil réis se morarem nas outras cidades do Império, e duzentos mil réis em todos os outros termos (art. 27).

O sumário de culpa com a pronúncia ou impronúncia deve ser remetido ao juiz Municipal que pode retificar ou emendar a pronúncia¹⁵⁰.

¹⁴⁹ “art. 269 §1º Se existe crime ou 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 indenização?” (BRASIL, *Lei 261*, 3 de dezembro de 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 15 jan 2018)

¹⁵⁰ “Artigo 54. As sentenças de pronuncia nos crimes individuaes proferidas pelos Chefes de Policia, Juizes Municipaes, e as dos Delegados e Subdelegados, que forem confirmadas pelos Juizes Municipaes, sujeitarão os réos á accusação, e a serem julgados pelo Jury, procedendo-

Além dessas substanciais modificações, alterou também a quesitação a ser realizada para os jurados, determinando que primeiro se verifique a autoria, em seguida a verificação de alguma agravante, depois de alguma excludente, em sendo o réu menor de quatorze anos a verificação se o mesmo agiu com discernimento e, por fim, a existência de alguma circunstância atenuante (art. 59 a 64).¹⁵¹

As causas são decididas com votos secretos (art. 65) com maioria absoluta, com exceção das causas em que seja aplicada a pena de morte torna-se necessário o voto de dois terços (art. 66).

Determina ainda o recurso de ofício no caso de o juiz entender que a decisão contraria as provas dos autos e se a pena for de morte ou galés perpétuas (art. 79).

A lei nº 261 foi seguida da edição de um regulamento nº 120¹⁵², de 31 de janeiro de 1842, que novamente introduziu modificações no instituto do tribunal do júri, excluindo da lista de jurados todos aqueles que não possuírem, notoriamente, bom senso, integridade e bons costumes, bem como os pronunciados, os que tiverem sofrido condenação por determinados crimes elencados¹⁵³ (art. 229).

Regulamenta que nos processos de formação de culpa sejam ouvidas, no mínimo, duas testemunhas e no máximo 5. Em relação ao libelo, concede prazo de 3 dias para que o promotor tenha vista dos autos para oferecimento do libelo, e que este poderá ser aumentado por mais 48 horas (art. 339), e somente

se na fôrma indicada no art. 254 e seguintes do Código do Processo Criminal.” (BRASIL, *Lei 261*, 3 de dezembro de 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 15 jan 2018)

¹⁵¹ O Artigo 66 traz alteração sobre a pena de morte. “Art. 66. A decisão do Jury para a aplicação da pena de morte será vencida por duas terças partes de votos, todas as mais decisões sobre as questões propostas serão por maioria absoluta; e no caso do empate se adoptará a opinião mais favoravel ao accusado. O Governo estabelecerá o modo pratico de proceder-se á votação no Regulamento que expedir para execução desta Lei.”

(BRASIL, *Lei 261*, 3 de dezembro de 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 15 jan 2018)

¹⁵² [...] As agitações políticas e movimentos revolucionários que, entre 1830 e 1840, assolaram o país, deram causa à reação monárquico-conservadora com a promulgação da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, logo seguida do Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, com profundas modificações na organização judiciária e também na instituição do Júri. (MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. Campinas: Bookseller, 1997. P. 41)

¹⁵³ 3º Os que tiverem soffrido alguma condemnação passada em julgado, por crime de homicidio, furto, roubo, banca-rotta, estellionato, falsidade, ou moeda falsa, ainda que já tenham cumprido a pena, ou della tenham obtido perdão. (BRASIL, Regulamento 120, 31 janeiro 1842. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm. Acesso em: 3 fev 2018)

podem ser aceitos os libelos que contêm nome, a exposição do fato em artigos e circunstâncias e requerer a imposição de uma pena prevista em lei (art. 240).

Prevê a possibilidade de o réu apresentar a contrariedade por escrito, mas somente pode ter acesso aos autos dentro do Cartório (art. 342). E novamente há uma modificação na quesitação a ser realizada aos jurados (art. 367 a 372)¹⁵⁴.

O Decreto n 562, de 2 de julho de 1850, retirou da competência do tribunal do júri todos os crimes relativos à moeda falsa, roubo e homicídio cometidos nos municípios de fronteira, a resistência com força aos atos das autoridades competentes, tirou os presos das mãos da autoridade que legalmente os detinha e o crime da banca-rota, repassando-os à competência do juiz de direito¹⁵⁵ (art. 1º e 2º).

A Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, alterou a competência para a presidência do tribunal do júri para os Desembargadores (art. 6º), e foi essa

¹⁵⁴ Art. 367. Quando o Juiz de Direito, com referencia ao libello, tiver de propor a questão, nos termos do art. 59 da lei citada, e entender que alguma circumstancia exposta no dito libello não é absolutamente connexa e inseparavel do factio, de maneira que não possa este existir ou subsistir sem ella, dividirá em duas a mesma questão: 1ª O réo praticou o factio de que consta o libello? 2ª O réo praticou o factio mencionado com a circumstancia tal? Art. 368. No caso do dito art. 59, e do art. 60 da mesma lei, o Juiz de Direito repetirá a questão tantas vezes, quantas forem as circumstancias aggravantes de que se tiver apresentado revestido o delicto, pela maneira seguinte: 1ª O réo commetteu o delicto com tal circumstancia aggravante? 2ª O réo commetteu o delicto com a circumstancia agravante tal? 3ª etc., etc. Art. 369. Se o réo apresentar em sua defesa, ou no combate allegar como escusa, um factio que a lei reconhece como justificativo, e que o isente da pena, o Juiz de Direito proporá a seguinte questão: O Jury reconhece a existencia de tal factio ou circumstancia? (Art. 61 da Lei de 3 de Dezembro de 1841). E o Jury responderá - Sim, por unanimidade, o Jury reconhece a existencia de tal factio ou circumstancia. Art. 370. Se o réo fôr menor de 14 annos, o Juiz de Direito fará a seguinte questão: O réo obrou discernimento? (Art. 62 da Lei de 3 de Dezembro de 1841). E o Jury responderá - Sim por unanimidade, o réo obrou com discernimento. Não, por unanimidade, o réo não obrou com discernimento. Art. 371. No caso do art. 63 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, quando o Juiz de Direito tiver de fazer differentes quesitos, sempre os proporá em proposições simples, e bem distinctas, de maneira que sobre cada um delles possa ter lugar, sem o menor equivoco, ou amphibologia, a resposta. Art. 372. Para responder ao quesito do art. 94 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, a saber: - Existem circumstancias attenuantes a favor do réo? - proceder-se-ha da seguinte maneira: O Presidente do Jury lerá o art. 18 do Codigo Criminal e depois proporá á votação - Se existem circumstancias attenuantes a favor do réo? - Se a resposta fôr negativa fará immediatamente escrever esta resposta - Não existem circumstancias attenuantes a favor do réo - Se porém fôr affirmativa, não a fará escrever, mas irá pondo á votação a existencia de cada uma das circumstancias que aquelle artigo menciona, e quando se decidir que existe alguma, fará escrever - Existe a circumstancia attenuante de (por exemplo) não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar. - E assim a respeito das mais. (BRASIL, *Regulamento 120*, de 31 de janeiro de 1842. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm. Acesso em: 3 fev 2018.

¹⁵⁵ BRASIL, *Decreto 562*, de 2 julho 1850. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-562-2-julho-1850-559720-publicacaooriginal-82069-pl.html>. Acesso em: 03 fev 2018

parte revogada pelo Decreto nº 2.523, de 26 de agosto de 1874, que reestabelece a competência para os juizes de direito das comarcas (art. 1º).

3.2.2 O Tribunal do Júri na República do Brasil

Em 1889 é proclamada a República do Brasil, e é certo que as legislações, anteriores a essa proclamação, em muito contribuíram para a formação deste novo Estado, que deixa de ser regido por um monarca e passa a ser regido por um Presidente da República.

Mossin enaltece a importância dessa regulamentação anterior:

Marco importante da transição, passando-se do Império para a República, é a Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, baixada pela princesa Isabel regente, em nome do Imperador Dom Pedro II, regulada pelo Decreto nº 4.824, de 23 de novembro do mesmo ano, que se constituiu a base para a organização do júri no período republicano. Aliás, há que se considerar que as legislações que vigoraram antes da proclamação da República muito influenciaram e determinaram na formação das leis no Brasil independente. Portanto, o diploma precitado foi de real importância para a reforma republicana.¹⁵⁶

Nessas mudanças de forma de governo, o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, a partir do artigo 40, cria o Júri Federal¹⁵⁷, que é composto de 12 jurados, sorteados entre 36 homens qualificados como jurados nos órgãos estaduais, as decisões são tomadas por maioria, e o empate favorece o réu. Tudo como mais uma alternativa de proteger a República.

As leis nº 221, de 20 de novembro de 1894 e nº 515, de 3 de novembro de 1898 também tratam do Júri Federal. Em 05 de novembro de 1898, o Decreto federal nº 3.084, Código de Processo Civil e Criminal da Justiça Federal, enumera os crimes de competência do Júri Federal.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, mantém a previsão constitucional do tribunal do júri em seu

¹⁵⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. São Paulo: Atlas. 1999. p.190.

¹⁵⁷ Além do Júri Federal outras leis criaram procedimentos específicos de júri para crimes. Sobre o Júri para crimes de abuso de imprensa, ver lei 24.776, de 14 de julho de 1934; lei 2083, de 12 de novembro de 1953; 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Sobre Júri para crimes contra a economia popular, ver Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 que foi revogada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

artigo 72, § 31, mas nada dispõe sobre seu procedimento ou garantias, e fica tudo a cargo da legislação infraconstitucional.¹⁵⁸

A menção tão singela ao tribunal do júri pela Constituição de 1891 trouxe grandes discussões sobre o sentido dela:

Em pareceres sobre o sentido da expressão 'é mantida', opinaram vários juristas. Para RUI BARBOSA, a intenção manifesta da Constituição foi determinar que o Júri, "nos seus elementos substanciais, continue a existir tal qual era" sob o regime anterior. DUARTE DE AZEVEDO opinou que o preceito constitucional aceitou o Júri "naturalmente qual existia entre nós em sua organização legislativa, ao menos em seus elementos essenciais". Segundo JOÃO MENDES JÚNIOR, o Júri sendo mantido, "é certo que os seus caracteres essenciais, segundo as leis então em vigor, não podem ser eliminados nos Estados"¹⁵⁹.

O Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, estabelece novas determinações para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos, também restringe a competência do tribunal do júri no que concerne a esses crimes e mais alguns previstos expressamente na lei¹⁶⁰, devolve aos juízes togados o poder de decisão desses casos, ao que parece, em uma forma de tentar proteger mais rigidamente os bens da Nação.

A emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, embora tenha alterado o artigo 72 da Constituição Brasileira de 1891, não modificou em nada a previsão constitucional do tribunal do júri.

3.2.3 O Tribunal do Júri na Era Vargas

¹⁵⁸ Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 - É mantida a instituição do júri. (BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 15 de jan. 2018)

¹⁵⁹ MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller. 1997, p. 48

¹⁶⁰ "Art. 40. Fica competindo ao Juiz de secção no Districto Federal e nos Estados da União o julgamento dos crimes previstos na presente lei e bem assim os de violação do sigillo de correspondencia, desacato e desobediencia, testemunho falso, prevaricação, resistencia, tirada de preso do poder da justiça federal, falta de exacção no cumprimento do dever, irregularidade de comportamento, peita, concussão, estelionato, roubo, furto, damno e incendio, quando incidirem na competencia, da Justiça Federal." (BRASIL, *Decreto 4.780*, de 27 de dezembro de 1923. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>. Acesso em: 03 fev 2018)

Em 1930 acontece um golpe militar que concede o poder e cargo de Chefe do Poder Provisório a Getúlio Vargas, inicia-se a era Vargas, e tem fim a República Constituição de 1891, com a revogação da Constituição e a promulgação de uma nova.

E é nesse contexto histórico que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934¹⁶¹, coloca a instituição do tribunal do júri dentro do capítulo que trata do Poder Judiciário, prevista no artigo 72, declara sua manutenção e deixa sua regulamentação, expressamente, para a lei infra-constitucional.¹⁶²

Vargas então é eleito pela Assembleia como Presidente da República e deve governar de 1934 até 1938. Porém, em 1937 Getúlio Vargas impõe uma nova Constituição, fecha o Congresso Nacional e assume poderes ditatoriais. E é nesse contexto ditatorial, com desmandos do Presidente da República e influenciada pelo Constituição Polonesa de 1921, modelo semi-fascista, é outorgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Ela silenciou sobre a instituição do tribunal do júri, o que trouxe grande discussão doutrinária sobre sua manutenção ou não dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

É possível sugerir que o objetivo real era mesmo a extirpação do tribunal do júri do ordenamento brasileiro, vez que com isso, devolvem-se os poderes aos magistrados do Poder Judiciário e consegue-se um maior controle do teor das decisões que podem ser influenciadas pelo Poder Executivo.

Porém, em 5 de janeiro de 1938, através do Decreto-Lei nº 167, confirma-se a continuidade do instituto do tribunal do júri com sua nova regulamentação que introduz modificações substanciais¹⁶³.

¹⁶¹ Como adverte Oliveira, “com a segunda Carta Republicana, permitiu-se aos Estados da Federação criarem seus próprios Códigos de Processo. Daí porque a elaboração das leis processuais referente ao rito do Tribunal do júri passou a variar em cada região.” (OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Tribunal do júri Popular na Ordem Jurídica Constitucional*. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora. 2003. p. 69.)

¹⁶² “Art 72 - É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei.” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 jan 2018)

¹⁶³ “Vindo o Decreto-lei n. 167, ficou marginalizada a soberania, sendo a instituição do Júri mantida, no dizer da sua ‘Exposição de Motivos’, por motivos políticos e culturais justificados pela atenção “a um interesse educacional do povo’ e à difusão, no seio deste, do ‘sentimento da responsabilidade que lhe cabe como participante da atividade do Estado’.” (PORTO, Hermínio

Os motivos da nova regulamentação do tribunal do júri são aclarados, quando em vigor uma Carta Constitucional que silencia sobre seu instituto. Francisco Campos se manifesta em sua exposição de motivos:

É o motivo de controvérsia a sobrevivência do júri após o advento da Constituição de 10 de novembro. Argumenta-se que a nova Carta constitucional tacitamente aboliu o tribunal popular, de vez que não faz menção dele, deixando de incluí-lo entre os órgãos do Poder Judiciário, enumerados no seu art. 90. A improcedência do argumento é, porém, manifesta. Funda-se ele no velho e desacreditado princípio *inclusio unius exclusio alterius*, já substituído na doutrina e na jurisprudência, salvo casos especialíssimos, pelo aforismo contrário: *positivo unius non est exclusio alterius*. Para evidenciar o erro de sua aplicação na espécie, basta atentar em que, no citado art. 90, a Constituição não faz igualmente referência aos juízes e tribunais que terão de julgar os crimes políticos-sociais (art. 172) e as questões entre empregadores e empregados (art. 139), e seria absurdo concluir-se daí que tais juízes ou tribunais sejam órgãos de outro poder que o Judiciário. O que cumpre indagar é tão-somente se a instituição do júri está compreendida no preceito genérico do art. 183 da nova Constituição, que declara em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição. Ora, vigente regime governamental é fundamentalmente democrático, e, portanto, lhe é inerente o princípio de que o povo, além de cooperar na formação das leis, deve participar na sua aplicação. Outra questão é saber se o júri, deixando-se ser uma injunção constitucional, deve ser mantido. A resposta não pode deixar de ser afirmativa. Se outros méritos não tivesse o tradicional instituto (são bem conhecidos os argumentos formulados em seu favor), teria, pelo menos, o de corresponder a um interesse educacional do povo e de difundir, no seio deste, nítida noção e apurado sentimento de responsabilidade que lhe cabe como participante da atividade do Estado.¹⁶⁴

Ao se analisarem as razões apresentadas na exposição de motivos pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, pode-se perceber que esses não se encaixam dentro das razões hoje sustentadas para manutenção do tribunal do júri, vez que nomina expressamente que o tribunal do júri serviria para “difundir (...) nítida noção e apurado sentimento de responsabilidade que lhe cabe como participante da atividade do Estado.”

Dessa vez, passa a ter uma estrutura mais parecida com a atual, contudo retira sua soberania¹⁶⁵. Surge daí uma discussão em relação à sua inefetividade, uma vez que é retirada a soberania dos veredictos e é permitida a reforma de

Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos de julgamento: questionários*. 10 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 36)

¹⁶⁴ CAMPOS, Francisco, *apud* MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. São Paulo: Atlas. 1999, p. 194.

¹⁶⁵ José Frederico Marques asseverava que “caminhava o júri para sua gradual extinção, e isto sob a indiferença do sentimento popular, que nunca lhe devotou estusiasmo pela instituição, mas ao contrário, mormente em nosso ‘hinterland’, sempre lhe nutriu grande desconfiança (as vantagens do júri só têm sido decantadas, no Brasil, nos meios jurídicos, ou melhor, no fôro criminal).” (MARQUES, José Frederico. *O Júri e sua nova regulamentação legal*. São Paulo: Saraiva. 1948, p. 30)

seus julgados. Oliveira¹⁶⁶ afirma que “a retirada da soberania dos veredictos dos jurados era um golpe de morte no tribunal do júri”, e que “Júri, sem soberania, não é júri. É tudo, menos um tribunal popular democrático.”¹⁶⁷

É determinado que o tribunal do júri seja composto pelo juiz presidente – o juiz de direito – e por 21 jurados. Ao juiz cabe pronunciar o réu e aos jurados julgar o processo em plenário (art. 2º).

Em relação a quem pode ser jurado também existe modificação significativa: é estabelecida a obrigação para os maiores de 25 até os 60 anos que estejam alistados, porém permanece a necessidade de probidade e inteligência além de firmeza para desempenhar a função (art. 5º e 7º). Da mesma forma que a lei anterior, existe um rol de pessoas que são dispensadas de servir ao júri, incluindo nesse rol “as mulheres que não exerçam função pública e provem que, por suas ocupações domésticas, o serviço do júri lhes é particularmente difícil”¹⁶⁸, demonstra assim que, em princípio, agora as mulheres já podem participar como juradas (art. 7º).

O juiz presidente do tribunal do júri, após a apresentação das provas pelas partes, poderá pronunciar o réu a júri se convencido de prova da materialidade e indício de autoria, fazendo-o fundamentadamente. Nessa decisão o juiz declara em qual dispositivo legal o réu está incurso, manda lançar o nome do réu no rol de culpados e determina sua prisão; o juiz pode dar classificação mais grave que a requerida pela acusação, bem como remeter os autos ao Ministério Público para que o mesmo adite a denúncia com a inclusão de novo réu (art. 14). Poderá também impronunciar o réu se não convencido da ocorrência do crime ou da autoria do mesmo (art. 15); remeter ao juiz competente, se entender ser outro o crime (art. 16), ou absolver o réu, se convencido da existência de alguma justificante ou excludente (art. 17).

Estipula que deve conter no libelo acusatório o nome do réu, os fatos por artigo e o pedido de condenação, que deve vir assinado pelo Promotor e autoriza

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. de acordo com as leis n 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei complementar 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 611.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. de acordo com as leis n 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei complementar 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 611.

¹⁶⁸ BRASIL. Decreto-lei 167, de 5 de janeiro de 1938. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm. Acesso em: 30 abr 2018

o requerimento de oitiva de até 5 testemunhas e de diligências (art. 21). O libelo será entregue tanto para o réu como para o seu defensor, que deverá apresentar defesa em 5 dias (art. 25). O Decreto-Lei traz a possibilidade de desaforamento do tribunal do júri para a comarca próxima nos casos de interesse da ordem pública ou dúvida sobre a imparcialidade dos jurados ou segurança do réu (art. 28).

O sorteio dos 21 jurados deve ser realizado a portas abertas e a retirada das cédulas é feita por uma criança. (art. 32). No dia da sessão, esta só ocorre se houver pelo menos 15 dos 21 jurados sorteados. (art. 37) É apregoado o réu, e a este, estando presente, deve ser perguntado o nome, a idade e se possui defensor constituído, em não o tendo, é nomeado um defensor dativo, e, se menor, é nomeado um curador. Nestas hipóteses, o júri pode ser adiado (art. 43). Com as partes apregoadas e as testemunhas recolhidas à sala onde não possam escutar os depoimentos uma das outras, é realizado o sorteio do Conselho de Sentença, composto por 7 jurados (art. 51).

Depois de todos tomarem assento e de proferirem o juramento, dá-se início ao interrogatório do réu (art. 59), em seguida é feito pelo juiz o relatório do processo (art. 60), em seguida a leitura do libelo pelo promotor e sua acusação (art. 61), depois a defesa se pronuncia (art. 62). Acabados os primeiros debates, ouvem-se as testemunhas, primeiro as de acusação e depois as de defesa. As declarações serão resumidamente reduzidas a escrito (art. 63 a 65). Os tempos da acusação, defesa, réplica e tréplica não poderão exceder a uma hora cada uma delas (art. 68).

Com a causa pronta para ser decidida, o juiz lê os quesitos em plenário e determina que as pessoas, que não sejam indispensáveis, sejam retiradas do recinto para procedimento dos votos, e, em sendo possível, que os jurados é que sejam retirados para a sala secreta (art. 72). Diferentemente das demais normas, esse Decreto-Lei não fixou os quesitos a serem perguntados aos jurados, ele apenas determina a ordem das perguntas (art. 78).

Também inovou quando determina a entrega de cédulas opacas com as palavras “sim” e “não” para os jurados que devem votar sem interferência dos demais (art. 81). Os votos devem ser depositados em uma urna ou saco e as outras cédulas descartadas em outra urna ou saco. Os votos são lidos e contabilizados pelo juiz. As decisões são tomadas sempre por maioria de votos

(art. 84). Por fim, o juiz prola a sentença com base na votação dos jurados e a lê em público (art. 87).

Admite o recurso de apelação por nulidade posterior à pronúncia e por decisão contrária à prova dos autos (art. 92), o protesto por novo júri, se a pena aplicada for igual ou maior de 24 anos (art. 97).

Porém, entre todas as modificações trazidas pelo Decreto-Lei 167/38 a mais importante foi a retirada da soberania das decisões do tribunal do júri, prevendo a possibilidade de modificação de seus vereditos pelo próprio tribunal de apelação (art. 94 à 96).

Em 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal que está em vigor nos dias atuais, porém, no que diz respeito ao procedimento do tribunal do júri, já sofreu diversas modificações por legislações esparsas. Originariamente o Decreto-Lei 3.689¹⁶⁹, de 3 de outubro de 1941, praticamente repetiu as normas introduzidas pelo Decreto-Lei 167, com alguns refinamentos.

Estabelece que a competência do tribunal do júri está restrita aos crimes dolosos de homicídio, induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e infanticídio, consumados ou tentados (art. 74, § 1º). A idade daqueles que podem ser jurados é reduzida para 21 anos, e a idade máxima da obrigatoriedade é mantida em 60 anos, vale lembrar que a partir desse decreto somente se exige a idade e a notória idoneidade (art. 434 e 436). Inova a legislação ao prever mais uma possibilidade de desaforamento além daquelas já previstas – interesse da ordem pública, suspeita de imparcialidade dos jurados ou risco para a segurança do réu -, por demora do julgamento, se o julgamento demorar mais de 1 ano do recebimento do libelo, e se a defesa não concorreu para essa demora, pode requerer o desaforamento (art. 424). Também altera o momento de fala do promotor de antes da oitiva das testemunhas para depois da oitiva de todas as testemunhas, momento em que a acusação lê o libelo e faz a sustentação de suas teses (art. 467 e 468). O tempo para essas arguições restou aumentado de uma hora para cada uma, para uma hora e meia para cada parte e mais meia hora para a réplica e para a tréplica; e, no caso de houver mais de um réu, os

¹⁶⁹ BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 abr 2018

tempos das partes são acrescidos de uma hora, e o tempo da réplica e tréplica é de uma hora para cada uma delas (art. 474).

A quesitação continua baseada em parâmetros estipulados pelo legislador, mas com a nova normativa, deixa-se de quesitar aos jurados sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes que passaram a ser observadas pelo magistrado no momento da aplicação da sentença (art. 484). Estabelece parâmetros¹⁷⁰ para a sentença a ser lavrada após a decisão dos jurados e lida em plenário (art. 492). Em relação aos recursos, introduz o recurso em sentido estrito das decisões de pronúncia e impronúncia (art. 581), e apelação se ocorrer nulidade após a pronúncia, condenação contrária à prova nos autos, ou injustiça na aplicação da pena ou medida de segurança (art. 593), além do protesto por novo júri quando a pena for igual ou superior a 20 anos (art. 607).

3.2.4 O Tribunal do Júri na República de 1946

Getúlio Vargas permanece no Poder até 29 de outubro de 1945, sendo então substituído por Gaspar Dutra. Com a mudança de governo e a adoção de novas medidas políticas que não mais baseadas no fascismo, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 prevê novamente a instituição do tribunal do júri, porém agora dentro do capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, no artigo 141, § 28.¹⁷¹ Nesse dispositivo reestabelece a soberania dos vereditos, o sigilo das votações, a plenitude de defesa, o número

¹⁷⁰ Art. 492. Em seguida, o Juiz lavrará a sentença, com observância do seguinte: I - no caso de condenação, atenderá ao disposto no art. 387; II - no caso de absolvição:

a) mandará pôr o réu em liberdade, se afiançável o crime, ou, desde que tenha ocorrido a hipótese prevista no art. 318, ainda que inafiançável;
b) ordenará a cessação das interdições de direitos que tiverem sido provisoriamente impostas;
c) aplicará medida de segurança, se cabível (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 abr 2018)

¹⁷¹ “artigo 141, § 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.” (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm . Acesso em: 15 jan 2018)

ímpar de jurados, e elenca que a competência obrigatória do tribunal é para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida.

Percebe-se assim a volta da instituição do tribunal do júri como forma de demonstrar ao povo a retomada da democratização.

Em 23 de fevereiro de 1948, o Código de Processo Penal é alterado pela Lei 263 que, adequando-se à norma constitucional, alarga sua competência, processamento e julgamento de todos os crimes dolosos contra a vida, sejam eles consumados ou tentados (art. 2º). Além disso, determina que depois da leitura do relatório pelo juiz Presidente, o escrivão realize leitura de qualquer peça requerida pelas partes ou pelos jurados (art. 4º). Inclui nos quesitos a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes, determinando que cada circunstância alegada em plenário seja um quesito em separado (art. 5º), bem como a possibilidade de apelação à decisão do juiz presidente que for contrária a decisão tomada pelos jurados (art. 593).

3.2.5 O Tribunal do Júri na época ditatorial do Brasil

Com o golpe militar de 1964, novamente há uma mudança constitucional no Brasil, e em 15 de março de 1967 entra em vigor a Constituição da República Federativa do Brasil, que mantém a instituição do tribunal do júri dentro do Capítulo Dos Direitos e Garantias Individuais e garante a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.¹⁷²

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, mantém a instituição do tribunal do júri como Direitos e Garantias Individuais, mas modifica a prescrição ao retirar¹⁷³ a garantia da soberania dos veredictos¹⁷⁴ do rol Constitucional e

¹⁷² “Artigo 150, § 18 - São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 jan 2018)

¹⁷³ Sobre a soberania, por causa do silêncio da emenda constitucional, os doutrinadores discutiam se efetivamente ela havia sido suprimida ou se da leitura do artigo poderia se interpretar que permaneceria. Ver PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos de julgamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 1973, p. 125

¹⁷⁴ “Afastada, pela Emenda Constitucional n. 1, referência expressa à ‘soberania’, chegou a ser encaminhado ao Congresso um projeto acrescentando ao art. 593 um quarto parágrafo, possibilitando ao Tribunal *ad quem*, decidindo apelação contra decisão dos Jurados, se dando

permanece apenas como garantia e com a competência para os crimes dolosos contra a vida.¹⁷⁵

Nota-se que com a retirada da soberania dos vereditos do tribunal do júri, essa instituição deixa de ter sua proteção assegurada, porque o tribunal pode reformar a decisão tomada pelos jurados sempre que entender conveniente, bastando fundamentar sua decisão.

A Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, autoriza o magistrado a deixar de decretar a prisão ou revogá-la no caso de o acusado pronunciado ser primário e com bons antecedentes; determina que o réu pode apelar em liberdade desde que primário e com bons antecedentes e que essa permissão conste da sentença¹⁷⁶, aumentando a discricionariedade do Julgador togado.

Com a saída dos militares do poder, e a redemocratização do Brasil, promulga-se uma nova Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988. Esta prevê a instituição do tribunal do júri dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, do capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, no art. 5º, XXXVIII¹⁷⁷. Esta Constituição assegura a garantia da plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos vereditos e a competência obrigatória para os crimes dolosos contra a vida. Essa normativa é

provimento, 'aplicar a pena ou medida de segurança, que entender justa, ou absolver o réu', sendo ausente notícia de interesse por sua tramitação. O mesmo afastamento de referência à 'soberania' ensejou que o Projeto n. 633/75, de novo Código de Processo Penal, previsse a devolução, no caso de apelação contra decisão dos Jurados, do julgamento da causa ao Tribunal de segundo grau, cabendo-lhe, por isso, 'dar provimento ao recurso, condenação ou absolvendo o réu'; todavia, na Câmara Federal, foi afastada a norma, e assegurada na Mensagem n. 159/75 a soberania dos vereditos." (PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos de julgamento: questionários*. 10 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 34-35)

¹⁷⁵ "Artigo 153, § 18. É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL. *Emenda Constitucional n 1* de 1969, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 15 jan 2018)

¹⁷⁶ Em 24 de maio de 1977, a Lei 6.416 alterou o valor da multa aplicada à testemunha faltosa no Tribunal do júri. (BRASIL, *Lei 6416*, de 24 de maio de 1977. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6416-24-maio-1977-366407-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 abr 2018)

¹⁷⁷ 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 vereditos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 15 jan 2018)

cláusula pétrea da Constituição, não pode ser restringida por nenhuma lei infraconstitucional e nem mesmo por emenda à Constituição.

Alguns doutrinadores criticam severamente essa tomada de posição do Constituinte de novamente introduzir o tribunal do júri na Constituição e mais ainda em colocá-lo como cláusula pétrea, uma vez que isto ocorreu sem discussões da necessidade, apenas utilizando-se do discurso legitimador do instituto como órgão democrático de participação popular nos julgamentos do Poder Judiciário. Porém, esse não é o único meio de participação popular dentro dos órgãos do Poder Judiciário, e que sua extração não acabaria com a democratização das decisões.

Em 16 de outubro de 1995¹⁷⁸, a Lei 9.113 altera novamente a quesitação e determina que o quesito acerca de qualquer fato ou circunstância que isente de pena ou exclua o crime, deve ser quesitado logo após o fato principal.

O instituto do tribunal do júri continua previsto no Código de Processo Penal de 1941 porém sofre uma grande reforma com a Lei 11. 689, de 9 de junho de 2008: revoga-se por completo a legislação e a substitui.

Por questão didática, a regulamentação atual do tribunal do júri será tratada no tópico a seguir.

3.2.6 Procedimento atual do Tribunal do Júri

A previsão constitucional do tribunal do júri se encontra no Título II, chamado dos Direitos e Garantias Individuais, capítulo I, nomeado Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em art.5º, XXXVIII, demonstra toda a sua importância perante o ordenamento jurídico brasileiro, e estabelece que:

Art. 5º, XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;

¹⁷⁸ Em 2 de maio de 1995, a Lei 9.033, determinou que na sentença de pronúncia o Juiz deverá declarar o dispositivo legal, recomendar à prisão na qual o réu se encontrar ou expedir a ordem necessário para a captura. (BRASIL, Lei 9.113, de 16 de outubro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9113.htm. Acesso em: 30 abr 2018)

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;¹⁷⁹

Na alínea a, do artigo 5º, XXXVIII, da CF, está prevista a garantia da plenitude de defesa. No Brasil, em todos os procedimentos jurisdicionais é assegurada a ampla defesa, porém, no tribunal do júri essa defesa deve ser ainda mais ampla, configurando a plena defesa.

A plenitude de defesa é a concessão da possibilidade de se defender por qualquer meio que não seja ilegal ou imoral, perante o grande júri. É ainda mais ampla que a própria ampla defesa. É a possibilidade de se utilizar para convencer os jurados de qualquer meio, ainda que se trate de argumentação extrajurídica, de razões de ordem social, emocional, moral, política criminal, entre outros.

A ampla defesa é composta de duas partes, a autodefesa e a defesa técnica. A autodefesa é aquela trazida pelo próprio réu do processo, e a defesa técnica é aquela realizada pelo seu procurador. No tribunal do júri, por muito mais razão as duas partes devem, obrigatoriamente, constar da plenitude da defesa, obrigando o juiz presidente do tribunal do júri a incluir, nos quesitos de defesa, tanto a tese de defesa trazida pelo réu (autodefesa), quanto à tese de defesa técnica trazida pelo advogado (defesa técnica), mesmo que elas sejam opostas entre si, pois tem-se que levar em conta toda defesa trazida ao plenário.

Em razão da plenitude de defesa é que se entende necessária a quesitação das todas as teses defensivas trazidas à plenário. Assim, não há como cogitar que a defesa trazida apenas pelo réu, por exemplo, em seu interrogatório, não seja quesitada, porque os jurados é que são os Juízes naturais do caso e a eles é que cabe decidir qual tese é a mais valiosa e por qual delas irá se pautar em seu julgamento.

Na alínea “b” do artigo 5º, XXXVIII, da CF, está previsto o sigilo das votações, assim garante-se aos jurados que seus votos não serão divulgados e garante-se a segurança destes contra qualquer tipo de represália por seus posicionamentos.

¹⁷⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

Essa garantia é imprescindível para que os jurados possam expressar suas íntimas convicções sem se sentirem coagidos a decidir de determinada maneira. Serve o sigilo das votações, como uma proteção à integridade dos jurados, porque se não é possível saber de que maneira determinado jurado votou, também não é possível tentar obrigá-lo a votar de maneira pré-determinada, seja coagindo-o ou subornando-o.

Ainda com o objetivo de garantir o sigilo do voto de cada jurado, na hora da votação é entregue a cada um que irá votar uma cédula opaca com a palavra sim e outra com a palavra não. Na urna de votação será colocada uma das duas cédulas entregues, e a outra será colocada no descarte.

Do sigilo das decisões decorre a incomunicabilidade dos jurados. Os jurados são impedidos de se comunicarem entre si ou com terceiros, para que não exponham a suas opiniões e para que não sejam influenciados por terceiro.

Na alínea “c” do artigo 5º, XXXVIII, da CF garante-se a soberania das decisões tomadas pelo Conselho de Sentença, e o veredicto dado pelos jurados do tribunal do júri soberano, em regra, não pode ser modificado pelo órgão colegiado que compõe as câmaras do Tribunal de Justiça. Para que seja modificado tem de haver uma decisão que determine um novo julgamento por um novo tribunal do júri. Ou seja, deverá haver um novo julgamento, com uma nova convocação de novos jurados, e com todas as garantias inerentes a esse julgamento, proferindo assim uma nova decisão advinda dos votos desses novos jurados. Trata-se de uma garantia forte, porém, relativa porque as decisões são soberanas, mas não irrecorríveis. Explica-se:

Na apelação da decisão proferida pelo tribunal do júri, o juízo que será realizado pelo tribunal depende de quem proferiu a decisão do capítulo que está sendo impugnado. Se for um capítulo decidido pelos jurados, o tribunal só pode fazer o juízo rescindente, ou seja, decidirá que deverá haver novo julgamento por outro tribunal do júri legalmente constituído. Se for capítulo competente do juiz presidente, pode fazer o juízo rescindente e o rescisório, ou seja, pode decidir a matéria posta para a apreciação e emitir juízo de valor sobre a mesma. Por exemplo, se decidir sobre a autoria, só cabe o juízo rescindente e consequentemente novo tribunal de júri, mas se decidir sobre aplicação da pena, capítulo da decisão que cabe ao juiz togado, então o Tribunal de Justiça pode

fazer o juízo rescindente e rescisório, pode assim modificar o quanto da pena aplicada para torná-la mais justa.

No caso de novo julgamento por novo tribunal do júri legalmente constituído, os novos jurados não estão vinculados à decisão tomada pelo conselho anterior, mas o juiz presidente está vinculado e não pode prejudicar o réu em caso de decisão idêntica pelos dois conselhos constituídos.

Por exemplo, se no primeiro julgamento a pena foi de 6 anos (homicídio simples). No segundo julgamento a pena dele pode ser pior?

Neste caso os jurados podem reconhecer uma qualificadora que foi afastada no primeiro julgamento, porque eles são soberanos e a eles não se vincula a decisão tomada anteriormente, porém o juiz presidente estará vinculado à decisão anterior, se a decisão dos jurados, no segundo julgamento, for idêntica a anterior, e não poderá ele decidir prejudicando o réu.

A revisão criminal, ação impugnativa que pode ser proposta pelo réu após o trânsito em julgado da sentença, é possível porque a soberania dos veredictos foi instituída como garantia do acusado, razão pela qual pode ceder diante de norma que visa garantir os direitos de defesa e liberdade. Na revisão criminal o tribunal tem competência, tanto para o juízo rescindente quanto para o juízo rescisório (há divergências, há doutrinadores que entendem que só cabe o juízo rescindente).

Na alínea “d” do artigo 5º, XXXVIII, da CF, está prevista a competência mínima para o julgamento no tribunal do júri e é dele a competência privativa para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida: o homicídio doloso, simples, privilegiado ou qualificado; o induzimento, instigação, ou auxílio ao suicídio; o infanticídio; e o aborto provocado pela gestante, ou com o seu consentimento, ou por terceiro.

A competência estabelecida pela Constituição Federal é cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não pode ser suprimida por lei infraconstitucional e nem ao menos por emenda constitucional. A única maneira de suprimir a competência estabelecida pela Constituição para o tribunal do júri é promulgando-se nova Constituição. Por se tratar de cláusula pétrea ela não pode ser suprimida ou restringida, porém pode ser ampliada pela legislação infraconstitucional.

O Código de Processo Penal Brasileiro amplia essa competência quando prevê que o tribunal do júri atrai o julgamento de todos os crimes conexos ou continentes com os dolosos contra a vida (art. 78, CPP). Contudo há exceções de crimes, que, embora dolosos contra a vida, não vão a júri por serem previstos em capítulos distintos do Código Penal, como por exemplo o crime de latrocínio porque é previsto dentre os crimes contra o patrimônio; há até mesmo Súmula do Supremo Tribunal Federal para pacificar o entendimento, “Súmula nº 603, STF - A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri.”¹⁸⁰

Também são excluídos da competência do tribunal do júri aqueles crimes cuja competência originária de julgamento sejam previstos constitucionalmente para os tribunais superiores. Por exemplo, os crimes cometidos pelas pessoas com foro por prerrogativa de função não serão julgados pelo tribunal do júri, e sim pelo foro especial. Isso porque ambos os foros especiais são previstos na Constituição Federal.

Percebe-se que a Constituição Federal não disciplina o regramento do tribunal do júri, é apenas uma balizadora de regras gerais e assegura sua manutenção, sem, entretanto, disciplinar seu procedimento, o que é feito através de lei infraconstitucional, *in casu*, o Código de Processo Penal.

O procedimento adotado nos processos de competência do tribunal do júri é chamado de escalonado ou bifásico, porque ele se biparte em duas fases: sumário de culpa e plenário do júri.

A 1ª fase, chamada de sumário da culpa ou *judicium accusationis*, tem início com o oferecimento da denúncia ou queixa e vai até a decisão de pronúncia. Nessa primeira fase há apenas uma verificação da existência dos requisitos mínimos para se remeter o processo para o julgamento pelos jurados, realizada apenas sob a presidência do juiz de direito.

A 2ª fase tem início com a decisão do presidente do tribunal do júri que determina a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, 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

¹⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Súmula 603*, ano 1984. Disponível em: <http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=603>. Acesso em: 03 fev 2018.

juntar documentos e requerer diligência; e termina com o julgamento realizado no plenário do tribunal do júri.

Ao receber os autos após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia do réu, o presidente do tribunal do júri inicia a preparação do julgamento, deliberando sobre os requerimentos de provas, preparando o relatório do processo e o incluindo na pauta do tribunal de júri. (art. 423)

Terminada a fase de preparação do processo para julgamento em plenário, o juiz designa data para o julgamento em plenário do Júri e manda intimar as partes, as testemunhas, os peritos e os jurados.

Na regulamentação atual o tribunal do júri é composto por um juiz togado e mais vinte e cinco jurados (art. 447). O Ministério Público não compõe o tribunal do júri, será parte ou fiscal da lei do julgamento, tampouco o defensor ou o réu fazem parte do tribunal do júri.

Há uma divisão de responsabilidades no momento das decisões tomadas no tribunal do júri, algumas matérias são de competência dos jurados (as relacionadas ao crime e a autoria), outras matérias são de competência do juiz presidente (por exemplo, as nulidades), desta forma após a decisão dos quesitos tomada pelos jurados o juiz presidente profere a sentença, com a consequente, se necessária, aplicação da pena.

O juiz presidente do tribunal do júri deverá ser um juiz de carreira, concursado e investido no cargo de juiz de direito. Ocupante de vara pré-determinada pelas normas da Corregedoria para atuar nos casos de crimes dolosos contra a vida, de competência do tribunal do júri. Isso porque no Brasil não se admite o juízo de exceção - aquele formado apenas para o julgamento de um caso concreto e que se forma o tribunal após o cometimento do crime.

No procedimento do tribunal do júri cabe ao juiz togado, chamado de juiz presidente, a regular condução dos atos do processo, a prolação da decisão de pronúncia remetendo o processo ao plenário do júri, a preparação do processo para julgamento em plenário, a regular condução do procedimento do tribunal do júri que ocorre em plenário, a quesitação, e prolação da sentença com base naquilo decidido pelos jurados no momento da votação da quesitação.

Aplica-se ao juiz presidente do tribunal do júri o princípio do juiz natural e o da identidade física do juiz. O juiz natural é aquele “que vem a ser o órgão da jurisdição cuja competência tenha origem na própria Constituição e tenha sido

fixada anteriormente ao cometimento da infração penal.”¹⁸¹ O princípio da identidade física do juiz, por sua vez, é a previsão expressa no artigo 399, § 2º, do CPP, que determina que “o Juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.¹⁸² Porém, os juízes naturais para proferirem a decisão acerca materialidade e autoria do crime são os jurados. São pessoas leigas, escolhidas pelo juiz de direito para compor uma lista geral e desta lista são sorteados para participarem ativamente do julgamento.

A organização da lista geral dos jurados, que será realizada anualmente, cabe ao juiz responsável pela vara competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nesta lista deverá constar o nome de todas as pessoas habilitadas para participarem do tribunal do júri como jurados pelo período de um ano (art. 425). O juiz poderá requisitar a indicação de nomes para as autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários (art. 425, §2º, CPP).

O serviço de jurado perante o tribunal do júri é obrigatório para todos os maiores de 18 anos com idoneidade notória (art. 436), e o rol de quem pode se escusar desta função está elencado no art. 437, do Código de Processo Penal.¹⁸³ Embora a função de jurado seja obrigatória, se por motivos de consciência, o cidadão se recusar a servir no Conselho de Sentença do júri deverá cumprir prestação alternativa. A prestação alternativa compreende “o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo

¹⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 449.

¹⁸² BRASIL, Decreto Lei 3.689. *Código de processo penal*. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 fev 2018.

¹⁸³ Art. 437. Estão isentos do serviço do júri: I – o Presidente da República e os Ministros de Estado; II – os Governadores e seus respectivos Secretários; III – os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais; IV – os Prefeitos Municipais; V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública; VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; VII – as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública; VIII – os militares em serviço ativo; IX – os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa; X – aqueles

que o requererem, demonstrando justo impedimento. (BRASIL. Decreto Lei 3.689. *Código de processo penal*. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 fev 2018)

produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins”.¹⁸⁴

Dentre todos os nomes que compõem a lista dos jurados, o juiz fará o sorteio dos 25 jurados que serão intimados a comparecerem à sessão de julgamento do tribunal do júri. O sorteio se dará sempre de portas abertas, cabendo ao mesmo retirar as cédulas. Esse sorteio se realizará entre o 15º e o 10º dia útil antecedente a sessão do plenário. (art. 433) No dia do julgamento no plenário do júri, o juiz verificará a presença dos 25 jurados, e somente declarará instalada a sessão, se estiverem presentes ao menos 15 jurados, os quais terão respondido à chamada oral realizada pelo juiz presidente. Se não houver o número mínimo de 15, o juiz realizará sorteio de tantos suplentes quantos necessários e designará nova data para o julgamento (art. 463 e 464).

No caso de julgamento separado de co-réus, se um jurado funcionou no julgamento de um dos réus, não pode atuar no julgamento do outro. Do mesmo modo, em se tratando de segundo julgamento do réu, o juiz verificará previamente se algum dos jurados participou do anterior e o advertirá de estar impedido de servir novamente no Conselho (art. 449, CPP).

No momento do sorteio dos jurados, à medida que as cédulas com os nomes dos jurados forem sendo retiradas da urna, uma por uma, por sorteio o juiz as lerá em voz alta e, em seguida, consultará, sucessivamente, a defesa e a acusação sobre a aceitação do jurado sorteado, cada parte tem direito a 3 (três) recusas peremptórias, isto é, sem indicar o motivo pelo qual não aceita aquele jurado (art. 468, CPP).

O juiz deverá decidir sobre as ausências, não apenas dos jurados, mas de qualquer participante do tribunal do júri antes de dar por instalada a sessão do julgamento, porque a ausência de cada participante tem uma consequência distinta.

A ausência do réu não traz nenhum prejuízo ao regular processamento do feito, pois o seu comparecimento no plenário do júri é uma faculdade do mesmo, para que ele possa exercer a sua autodefesa. Porém, se ele preferir ou se estiver solto e não comparecer, não haverá adiamento da sessão (art. 457).

¹⁸⁴ BRASIL. Decreto Lei 3.689. *Código de processo penal*. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 fev 2018

No caso de réu preso se faz necessária uma petição endereçada ao juiz para requerer a sua dispensa (art. 457, §2º).

No caso de a ausência ser do membro do Ministério Público, adia-se o júri. Afinal, não é possível a nomeação de promotor apenas para aquele julgamento, desde a entrada em vigor da Constituição Federal (art. 455, CPP).

Se a ausência for do advogado, o júri deve ser adiado e nomeado um dativo para funcionar na sessão seguinte, ressalvado o direito de o réu comparecer com seu defensor constituído. – art. 456, CPP.

Já a ausência do assistente de acusação não causa nenhum prejuízo ao regular processamento do feito, deve acontecer o Júri e não há possibilidade de seu adiamento.

Se a ausência for de uma testemunha, poderá o juiz tomar duas medidas: ou determinar a sua condução coercitiva, ou o julgamento será adiado uma única vez, se a testemunha tiver sido arrolada com a cláusula da imprescindibilidade (art. 461, CPP).

Após resolver sobre as ausências no tribunal do júri, o juiz declara aberta a sessão, coloca os nomes dos presentes em uma urna (art. 463), o oficial de justiça faz o pregão chamando em voz alta o membro do Ministério Público, o querelante, o réu, seu defensor e o assistente do Ministério Público (art. 463, §1º). Após a sua formação, o Conselho de Sentença dos jurados será chamado a prestar seu compromisso (art. 472). Logo após o compromisso dos jurados, haverá lugar a instrução em plenário. Será entregue para cada jurado uma cópia da decisão de pronúncia e uma do relatório do processo.

Primeiro, se possível, será ouvido o ofendido, logo em seguida passar-se as oitivas das testemunhas de acusação e, logo após, serão ouvidas as testemunhas da defesa. (art. 473) O próximo ato que ocorre em plenário é o interrogatório do réu, que passa a ser o último ato antes dos debates técnicos no plenário do júri (art. 474). As partes (acusação e defesa) poderão formular perguntas diretamente ao réu, não sendo necessário que o juiz refaça as perguntas a ele. Já os jurados podem perguntar ao réu, mas o farão por intermédio do juiz presidente do tribunal do júri (art. 473, CPP).¹⁸⁵ O interrogatório é um ato de prova, mas também é um ato de defesa processual, por isso o réu

¹⁸⁵ BRASIL. Decreto Lei 3.689. *Código de processo penal*. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 fev 2018

tem o direito de preferir não responder quando questionado. Se houver co-réu, cada um deles seja interrogado separadamente do outro. O Supremo Tribunal Federal vem, reiteradamente, entendendo que separadamente é um por vez, mas que um pode e deve estar presente no interrogatório do outro.

Logo após as oitivas terão vez os debates orais. Os debates são o momento em que as partes, acusação e defesa, podem desenvolver em plenário a sua defesa técnica para convencer os sete jurados do Conselho de Sentença de que sua tese deve ser acolhida.

Depois de concluídos os atos de instrução, serão iniciadas as sustentações orais, a começar pela da acusação. O promotor de justiça ou o procurador da república – dividindo o tempo com o assistente de acusação, se houver – terá até uma hora e meia (não mais duas horas, como antes do advento da Lei 11.689/2008) para produzir a acusação, sendo acrescida de uma hora se mais de um acusado estiver sendo julgado.

186

Cada parte poderá utilizar uma hora e meia para expor suas teses argumentativas (art. 477, CPP), e mais uma hora para réplica e a tréplica. Quando houver vários réus, os tempos de debates serão aumentados de acordo com a regra do artigo 477, CPP.

É proibida a leitura de documentos que não foram juntados com pelo menos 3 dias de antecedência. Entenda-se que documentos aqui não se referem apenas aos escritos, mas também às armas, instrumentos do crime e qualquer outro meio de prova que possa causar surpresa à parte contrária, tais como: antecedentes da vítima ou das testemunhas, laudo pericial de caso análogo, etc. (art. 479, CPP), porém não se compreende como documento a leitura de livro de doutrina, jurisprudência, jornais não relacionados ao processo.

Concluído os debates, o juiz deverá perguntar aos jurados se estão prontos para votar ou se necessitam de maiores explicações (art. 480). Se os jurados tiverem quaisquer dúvidas, questionarão o juiz presidente, que tentará aclarar o ponto. Porém, se os jurados se julgarem aptos a votar, o juiz dará seguimento à leitura do questionário que será respondido na sala secreta (art. 480).

Os jurados estão submetidos ao princípio da íntima convicção, ou seja, não precisam fundamentar o porquê do voto, e por isso os quesitos devem ser

¹⁸⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Romar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 821.

simples, para que não induzam o jurado a erro. Por isso eles apenas respondem aos quesitos com a escolha de cédulas contendo a palavra sim ou não. Lidos os quesitos, o juiz deverá explicar o significado legal de cada um dos quesitos aos jurados, e indagar das partes se têm algum requerimento ou reclamação. Esse é o momento processual oportuno para a impugnação dos quesitos, sob pena de preclusão (484, parágrafo único, do CPP)¹⁸⁷.

Depois, retira-se o réu da sala, os jurados, o juiz presidente, o membro do Ministério Público, e o defensor, juntamente com um oficial de justiça se recolhem na sala secreta onde ocorrerá a votação (art. 485, CPP). O juiz ordena ao oficial de justiça distribua para cada jurado uma cédula opaca contendo a palavra sim, e uma com a palavra não. Após cada quesito lido pelo juiz, os jurados depositam uma das palavras na caixa da votação e a outra na caixa do descarte (art. 486, CPP). Encerrada a votação o escrivão lavra um termo especial em que inscreverá o resultado da votação de todos os quesitos, e será assinado pelo juiz e pelos jurados (art. 491, CPP).

Se houver dois ou mais acusados, deve o juiz elaborar questionários diversos. A absolvição de um co-réu não implica prejuízo à quesitação do outro. Em virtude da plenitude de defesa, todas as teses de defesa devem ser quesitadas, tanto as arguidas pelo réu quanto aquelas trazidas pela defesa técnica (art. 483, § 6º).

¹⁸⁷ Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) I – a materialidade do fato; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) II – a autoria ou participação; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) III – se o acusado deve ser absolvido; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) Jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) Jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) O Jurado absolve o acusado? § 3º Decidindo os Jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do Juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) (BRASIL. Decreto Lei 3.689. *Código de processo penal*. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 fev 2018)

Após o término das votações, o juiz presidente redige a sentença para aplicar a decisão dos jurados. No caso de absolvição, o juiz deve colocar o réu imediatamente em liberdade, salvo se estiver preso por outro motivo. No caso de condenação, o juiz fará a aplicação da pena nos moldes do que foi decidido pelos jurados (art. 482).

Essa sentença é redigida pelo juiz presidente e não será fundamentada, vez que a votação é sigilosa e os jurados não precisam motivá-la. Cabe ao juiz presidente a fixação da pena.

Findo o julgamento na sala especial, pelo Conselho de Sentença, cabe ao Juiz presidente lavrar a sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso. A principal regra a ser observada consiste em não invadir, sob qualquer prisma, o mérito da decisão. Portanto, não necessita o magistrado produzir o relatório, nem a fundamentação, bastando o dispositivo (art. 492, I e II, CPP).¹⁸⁸

De cada sessão do julgamento, o escrivão lavrará ata, assinada pelo juiz e pelo órgão do MP, relatando todas as ocorrências e incidentes (art. 494, CPP).

A regulamentação de como deve funcionar o tribunal do júri é exaustivamente tratada no Código de Processo Penal. Demonstra que o tribunal do júri, por mais que seja tido como uma democratização da justiça penal, possui uma ingerência estatal, como um instrumental para controlar o júri popular, organizar o instituto e ao mesmo tempo possuir um maior controle do mesmo.

Contudo, mesmo com a existência de uma regulamentação para cada pormenor da forma do instituto, o direito material a ser aplicado fica ao alvedrio dos jurados, que, sem dominarem a gramática da dogmática penal, devem subsumir o fato concreto à tipificação da legislação penal.

¹⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 340.

4 A DOGMÁTICA JURÍDICA E AS FONTES DO DIREITO

4.1 DOGMÁTICA PENAL

Existem provas da existência da aplicação de um sistema penal desde os tempos mais remotos da civilização, seja com a vingança privada ou posteriormente com a tutela do Estado sobre a retribuição do mal causado. Mas a racionalização desse processo é algo mais recente.¹⁸⁹ A construção de uma dogmática penal como interessa aos dias de hoje, se dá a partir da escola clássica, e por isso, o capítulo aborda as transformações ocorridas a partir da segunda metade do século XVIII, já que tais mudanças têm o condão de modificar o contexto jurídico em que a instituição do júri vai desempenhar o seu papel. Como alertam Zaffaroni e Perangeli:

O enciclopedismo francês do século XVIII pretendeu reunir em certas obras, o saber humano acerca de determinados campos do conhecimento. No mundo jurídico, essa tendência levou à codificação, isto é, a reunir em uma lei, tudo o que se referia a uma determinada matéria jurídica. Daí que não se deva confundir o conceito moderno de “código” com o antigo. Na antiguidade, os chamados “códigos” eram recompilações de leis, enquanto, a partir de fins do século XVIII, um código é uma lei que trata de reunir todas as disposições concernentes a uma matéria jurídica, ordenando-as em forma sistemática.¹⁹⁰

Para completa compreensão do capítulo, faz-se necessário entender o que é a dogmática jurídica¹⁹¹, que pode ser conceituada como “uma explicação sistematizada dos preceitos do Direito Positivo que procuram dar solução aos

¹⁸⁹ “Nem sempre a lei penal teve o conteúdo e a forma que hoje atribuímos a ela. O que em outras épocas se conheceu como direito e objeto do estudo da ciência jurídica, hoje frequentemente não se considera como tal. Não se pode ser de outro modo, porque nossa ciência – como todas – tem tido horizontes de projeção diferentes, que lhes têm assinalado limites distintos ao seu domínio e que foram sustentados por ideologias cunhadas por outras estruturas sociais e outras formas de controle social.” (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 174.)

¹⁹⁰ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 159.

¹⁹¹ “Atualmente o método mais difundido no saber penal é o dogmático, a tal ponto que se costuma identificar a ‘ciência penal’ com a ‘dogmática penal’.” (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 159)

diferentes problemas que compõem a experiência jurídica”¹⁹². Deve-se ressaltar que

o instrumento da dogmática é a lógica jurídica. É, assim, tarefa do jurista reconduzir aos conceitos puros do Direito todo o material jurídico que tem nas mãos dando-lhe a forma de um objeto científico, ao mesmo tempo que enriquece seu conteúdo, mediante o estabelecimento de um contato com a realidade jurídica imediata.

A Dogmática representa, pois, um empenho científico no sentido de alcançar a elaboração de um ordenamento jurídico como unidade sistemática, ao mesmo tempo que lhe dá uma individualidade irreduzível a qualquer outro ordenamento jurídico.¹⁹³

A dogmática penal, especificamente, se preocupa em determinar as condutas tipificadas como puníveis, seus desdobramentos, balizar os pressupostos, os elementos, bem como verificar as maneiras corretas de aplicar a lei penal.¹⁹⁴

A concepção teórica e prática sobre o que é e a importância da dogmática jurídica é fruto de um processo de transformação regido pelo seu entorno - no sentido, de resposta às mudanças econômicas, culturais, políticas e até mesmo revolucionárias de cada época.¹⁹⁵ Assim, as teorias vão surgindo como resultado do momento em que elas são desenvolvidas.¹⁹⁶

¹⁹² STRENGER, Irineu. *Da dogmática jurídica: contribuição do conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro*. 2a ed. rev. e aum. São Paulo: LTr. 2000. p. 63.

¹⁹³ STRENGER, Irineu. *Da dogmática jurídica: contribuição do conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro*. 2a ed. rev. e aum. São Paulo: LTr. 2000. p. 68

¹⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 95 Ver também “Traduzido de uma forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a Jhering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei.” (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 159.)

¹⁹⁵ “Mesmo dentro do modelo napoleônico, contudo, o recurso à exegese é insuficiente, apresentando-se apenas como o primeiro passo de uma interpretação útil, fracassando desde logo perante as leis gramaticalmente equívocas ou contraditórias, sem contar com o fato de que a linguagem jamais é totalmente unívoca. Por isso, é claro que o direito não é o objeto de interpretação senão fruto dela, ou seja, de uma variável que não depende apenas da legislação mas, sobretudo, da atividade doutrinária e jurisprudencial, que nunca é asséptica ou inocente a respeito do poder.” (ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 151.)

¹⁹⁶ “Não causa espécie o fato de que o direito penal tenha se deitado para elaborar a teoria do delito de modo sumamente refinado, em especial quanto à aplicação do método dogmático, pois esta, como sistema de filtros que permite formular a indagação acerca de uma resposta da agência jurídica habilitante do poder punitivo, constitui a mais importante concreção da função do direito penal a respeito do poder punitivo negativo ou repressivo, habilitado pelas leis penais manifestas. Neste capítulo a dogmática jurídico-penal alcançou seu desenvolvimento mais sutil,

Contudo, em relação à dogmática jurídica não houve um desenrolar linear das teorias, sendo que, por exemplo, na Itália e na Alemanha, desenvolvem-se teorias diferentes em períodos similares de tempo, sendo isso uma consequência do momento jurídico de cada um dos países.

A escola clássica surge na primeira metade do século XIX, na Itália, com base nos ideais iluministas – de racionalização e abandono da busca de explicações teleológicas, busca um direito penal como meio de apresentar freios ao poder punitivo estatal dominado pelos reis absolutistas. O processo penal aplicado à época era sigiloso, utilizava a tortura como meio de prova, bem como os ordálios. As penas aplicadas eram cruéis e degradantes¹⁹⁷.

É neste cenário que a escola clássica – na verdade autores distintos, que posteriormente foram reunidos sob o agrupamento da escola clássica por aqueles da escola positiva, de uma maneira pejorativa¹⁹⁸ – constrói-se, e pleiteia uma forma mais justa e igualitária de tratamento para todos, sejam da nobreza, do clero ou do povo.

Os autores vão fundamentar suas ideias, em duas teorias anteriores, no jusnaturalismo de Grócio, que sustenta ser o direito um direito natural baseado na própria essência da natureza humana, e no contratualismo¹⁹⁹ de Rousseau que diz: para o bem comum, os homens, por livre vontade, cedem parcela de

superdimensionando em relação às demais questões do direito penal.” (Zaffaroni, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 157)

¹⁹⁷ “Relativamente ao Processo Penal todas estas características eram mais acusadas. De caráter inquisitivo, era rigorosamente secreto ignorando as mais elementares garantias dos direitos de defesa. A tirania da investigação da verdade a qualquer preço conduzia ao sistema de provas legais, à obrigação do acusado de prestar juramento e a obtenção por qualquer meio da confissão, considerada a rainha das provas.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 115)

¹⁹⁸ “Quando se produziu o enfrentamento dos positivistas com todo o pensamento penal anterior, ocorreu a Ferri a fantasiosa ideia de agrupa-los todos no rótulo de ‘escola clássica’, considerando que Beccaria havia sido seu fundador e Carrara o seu máximo expoente. Semelhante ‘escola’ jamais existiu. (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 263)

¹⁹⁹ “A linha de argumentos do penalismo contratualista foi uma ideologia que se desenvolveu em toda a Europa, não somente no século XVIII, como também ao longo de boa parte do século XIX.” (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 259)

sua autonomia para o Estado.²⁰⁰ No entanto, mesmo com essa distinção, o fim buscado por eles era o mesmo, e por isso Vera Andrade afirma que

De qualquer modo, há uma visível unidade ideológica na Escola Clássica. Trata-se do seu inequívoco significado político liberal e humanitário pois a problemática comum e central que preside aos seus momentos fundacionais e atravessa o seu desenvolvimento é a problemática dos limites - e justificativa - do poder de punir face à liberdade individual.²⁰¹

É nesse contexto jurídico social, que Beccaria, publica seu livro *Dos Delitos e Das Penas* – um marco no direito penal -, é o livro mais conhecido desse período, e o autor considerado o precursor desta escola. Defendia um processo mais justo, dentro do devido processo legal, com observância dos princípios da legalidade e da anterioridade, com prescrição de leis escritas, claras e de fácil intelecção. Tinha o delinquente como um ser que utilizava de seu livre-arbítrio para optar em praticar o delito – rompendo com o pensamento anterior, em que aquele que praticasse um delito era dito como um pecador e que precisava ter expiado de seu corpo toda a culpa. Enunciava que, se o povo conhecesse as leis, ele a respeitaria e, conseqüentemente, haveria uma diminuição nas punições aplicadas.²⁰² Assim, para Beccaria, não bastavam leis, pois elas tinham que ser claras e previamente conhecidas, o processo deveria seguir ritos claros, com direito de defesa, e a pena aplicada deveria ser

²⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saravia. 2014. p. 98

²⁰¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 111. E também para Bitencourt, elas são compatíveis porque pregavam a “existência de um sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado, contestando, dessa forma, a legitimidade da tirania estatal. Propugnavam pela restauração da dignidade humana e o direito do cidadão perante o Estado, fundamentando ambas, dessa forma, o individualismo, que acabaria inspirando o surgimento da Escola Clássica.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saravia. 2014. p. 98)

²⁰² “Os postulados consagrados pelo Iluminismo, que, de certa forma, foram sintetizados no célebre opúsculo de Cesare de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (1764), serviram de fundamento básico para a nova doutrina, que representou a humanização das Ciências Penais. A crueldade que comandava as sanções criminais em meados do século XVIII exigia uma verdadeira revolução no sistema punitivo então reinante.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saravia. 2014. p. 98)

proporcional ao delito cometido²⁰³. A doutrina²⁰⁴ divide a escola clássica em dois períodos, e se nesse primeiro período Beccaria é o precursor, no segundo período, Carrara²⁰⁵ pode ser tomado como balizador para se entender os pressupostos desse momento histórico. Zaffaroni e Pierangeli elucidam que Carrara “foi um insigne jurista, que elaborou sua obra monumental com muitos elementos aristotélico-tomistas, com alguns do idealismo alemão, mas, sobretudo, presidido por um grande respeito à pessoa humana.”²⁰⁶

Carrara foi professora da Universidade de Pisa, e desenvolveu os conceitos relacionados ao delito no seu “Programma Del Corso Di Diritto”, defendendo a utilização do método racionalista²⁰⁷.

²⁰³ “Beccaria foi seguidor de Rousseau quanto às ideias contratualistas, e disto derivava, como consequência necessária, o princípio de legalidade do delito e da pena. Considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado. Rejeitava duramente a crueldade inusitada das penas de sua época e a tortura, que era o meio de prova mais usual. Sustentava que se devia abolir a pena de morte, salvo nos delitos que colocavam em perigo a vida da nação. (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 259)

²⁰⁴ “A obra *Dos Delitos e das Penas* ” de BECCARIA (1764) constitui o marco mais autorizado do início da Escola e a expressão mais fidedigna do seu primeiro período; da mesma forma que a obra “Programa do Curso de Direito Criminal” de CARRARA (1859) constitui o marco mais autorizado da culminação daquele segundo período e do pleno desenvolvimento da própria Escola Clássica.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 111) e “Tal como se desenvolveu na Itália, distinguiu-se em dois grandes períodos: a) teórico-filosófico – sob a influência do Iluminismo, de cunho nitidamente utilitarista, pretendeu adotar um Direito Penal fundamentado na necessidade social. Este período, que iniciou com Beccaria, foi representado por Filangieri, Romagnosi e Carmignani; b) ético-jurídico – numa segunda fase, período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência desta fase Pelegrino Rossi, Francesco Carrara e Pessina. No entanto, indiscutivelmente, os dois maiores expoentes desta escola foram Beccaria e Carrara: se o primeiro foi o precursor do Direito Penal liberal, o segundo foi o criador da dogmática penal.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saravia. 2014. p. 100)

²⁰⁵ Devemos constatar, também, que o edifício teórico construído por Carrara com esta pretensão filosófica de apreender uma verdade superior e independente da contingente autoridade da lei positiva, foi o primeiro grande edifício científico do direito penal na Itália, no qual toda a teoria do delito deriva de uma consideração jurídica rigorosa do mesmo, entendido não como mero fato danoso para a sociedade, mas como fato juridicamente qualificado, ou seja como violação do direito. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Editora Revan: Rio de Janeiro. 2002. p. 37)

²⁰⁶ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 263.

²⁰⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 120.

Para ele [Carrara], o delito é um “ente jurídico” impelido por duas forças: a física, que é o movimento corpóreo e o dano do crime, e a moral, constituída da vontade livre e consciente do criminoso. O livre arbítrio como pressuposto da afirmação da responsabilidade e da aplicação da pena é o eixo do sistema carrariano.²⁰⁸

A base de sua argumentação era que o crime era um ente jurídico; que o delinquente era movido pelo livre-arbítrio e que optava por praticar o delito; que a pena serve para retornar a ordem para a sociedade, e que deve ser utilizada apenas para a tutela do direito; que era necessária a lei anterior prescrevendo o crime.²⁰⁹

Vê-se aqui o surgimento da dogmática jurídica, com essas mencionadas decomposições dos elementos do delito, feitas por Carrara, em força física e psíquica.²¹⁰ Para Bitencourt:

Enfim, forma, os clássicos, sob o comando do insuperável Carrara, que começaram a construir a elaboração do exame analítico do crime, distinguindo os seus vários componentes. **Esse processo lógico-formal utilizado pelos clássicos foi o ponto de partida para toda a construção dogmática da Teoria Geral do Delito, com grande destaque para a vontade culpável.** A pena era, para os clássicos, uma medida repressiva, aflitiva e pessoal, que se aplicava ao autor de um fato delituoso que tivesse agido, com capacidade de querer e de entender. Os autores clássicos limitavam o Direito Penal entre os extremos da imputabilidade e da pena retributiva, cujo fundamento básico era a culpa. Preocupada em preservar a soberania da lei e afastar qualquer tipo de arbítrio, a Teoria Geral do Delito limitava duramente os poderes do juiz, quase o transformando em mero executor legislativo.²¹¹ (grifo nosso)

²⁰⁸ AMÊNDOLA NETO, Vicente. *História e Evolução do Direito Penal no Brasil*. Campinas. Editora Komedi. 1997. p. 58

²⁰⁹ “Carrara enunciava os princípios fundamentais de sua escola, como sendo, em síntese, os seguintes: 1) crime é um ente jurídico – buscando encontrar uma fórmula para sintetizar o seu pensamento, afirmou que o crime não é ente de fato, é um ente jurídico; não é uma ação, é uma infração. É “um ente jurídico porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito. Mas o direito é congênito ao homem, porque foi dado por Deus à humanidade desde a sua criação, para que aquele pudesse cumprir seus deveres na vida terrena”; 2) livre-arbítrio como fundamento da punibilidade. A responsabilidade penal somente é admissível quando estiver embasada no livre-arbítrio, na culpa moral do cidadão. É indispensável a presença de uma vontade livre e consciente orientando a realização da conduta; 3) a pena como meio de tutela jurídica e retribuição da culpa moral. O primeiro objetivo da pena é a restauração da ordem externa da sociedade, que foi violada pelo crime, produto de uma vontade livre e consciente. E, como o crime tem sua essência na violação do direito, a sua repressão também, surgindo do direito, deverá ter como razão fundamental a tutela jurídica ou defesa do direito; 4) princípio da reserva legal. Como a função da lei é tutelar bens jurídicos selecionados pela sociedade, quem infringe a tutela social infringirá, claro, também, a lei. Mas uma ação converte-se em crime somente quando se choca com uma lei.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. 100-101)

²¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 123.

²¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 102.

Concomitante a esta escola clássica, outro grupo de estudiosos debruçavam-se sobre o estudo do crime, entretanto, se para Beccaria e Carrara o que importava era o estudo do delito, do processo e da pena, para essa outra escola, denominada escola positiva, o estudo focava-se na pessoa do delinquente.

Os autores da escola positiva eram críticos dos autores da escola clássica, argumentando que com toda essa humanização do processo e da pena houve um aumento na criminalidade, pois a codificação não resolvia os problemas da segurança jurídica, e que o direito penal deveria se preocupar com a defesa social, mais do que com os direitos dos delinquentes²¹².

Mudou-se o método de estudo²¹³, passa-se a utilizar o método empírico com pesquisas de campo para comprovar a fidedignidade dos resultados obtidos.²¹⁴ Bem como houve uma troca de objeto de análise, deixando-se o delito de lado, e passando a análise do condenado para se buscarem os motivos da delinquência²¹⁵. Zaffaroni e Pierangeli demonstram o porquê dessa mudança asseverando que:

Já consolidado o poder hegemônico do capitalismo urbano, é suficientemente lógico que o organicismo social se tornasse mais radical e, ao mesmo tempo, se escondesse sua natureza eminentemente idealista sob o disfarce de um realismo supostamente

²¹² "Neste horizonte histórico e sob novos pressupostos ideológicos e teóricos a crítica do positivismo ao classicismo é centrada, visivelmente, em duas grandes dicotomias: individual x social e razão x realidade (racionalismo x empirismo)(...) A defesa dos Direitos Humanos, protagonizada pelo classicismo, era denunciada como individualismo exacerbado, pelo conseqüente esquecimento da defesa da sociedade. A Escola Positiva assumia, então, a tarefa de resgatar o "social" e os direitos da sociedade." (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. p. 131)

²¹³ O positivismo jurídico foi, portanto, o resultado dessa nova mentalidade no âmbito da doutrina jurídica: encontrou no dado real do direito positivo o material empírico suscetível de observação científica e adotou perante ele um método descritivo e classificatório assemelhado, em parte, ao utilizado pelas ciências naturais. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 97)

²¹⁴ Uma das críticas que os positivistas faziam aos clássicos, era que a ciência não pode ser feita apenas do conforto de seus gabinetes, devendo ser feita também através das pesquisas de campo com os delinquentes.

²¹⁵ Contra a fórmula do crime como ente jurídico, que CARRARA proclamou como "sacramental", o positivismo opõe a fórmula do crime como fato natural e social, praticado pelo homem e causalmente determinado, que expressa a conduta anti-social de uma dada personalidade perigosa do delinquente. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 134)

evidente. Isto é alcançado através do positivismo, ou seja, a corrente de pensamento que pretende interpretar o mundo unicamente com base na experiência. A filosofia se identifica com as ciências, não é mais do que a sua síntese. É uma forma de romantismo, porque pretende atingir o infinito mediante o saber experimental.²¹⁶

O precursor desta escola é Cesare Lombroso, antropólogo que estudou os detentos buscando encontrar as características do delinquente nato, uma vez que acreditava que aquele que irá delinquir já nasce com essa predeterminação. Sustentava que o delinquente era um ser atávico, um ser não evoluído e que por isso, em algum momento de sua vida, ele iria delinquir, devendo, pois, ser extirpado do convívio social como forma de proteger a sociedade.

Para esses autores o direito penal deveria servir para proteger a sociedade, e não servir como forma de limitar o direito punitivo do Estado, que para eles deveria ser ilimitado. É certo que “uma das contribuições mais importantes dos estudos de Lombroso – além da teoria do criminoso nato²¹⁷ – foi trazer para as ciências criminais a observação do delinquente através do estudo indutivo-experimental.”²¹⁸

Além de Lombroso, os outros nomes de grande destaque na escola positiva são Ferri e Garofalo. Garofalo contribuiu para a escola com suas teses sobre periculosidade e temibilidade do delinquente, demonstrando mais uma vez que a preocupação seria com a proteção da defesa social²¹⁹, mais do que com a regeneração desses criminosos.

²¹⁶ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 281.

²¹⁷ A delinquência era, pois, para Lombroso, um fenômeno atávico: o delinquente era uma *specie generis humani* diferente. Tal era a teoria lombrosiana do *delinquente nato*, que combinou depois com as da “loucura moral” e a “epilepsia larvada”. A origem era atribuída ao descobrimento de uma terceira fossa occipital (“pequena cavidade occipital média”) no crânio de um famoso delinquente, que corresponderia a um terceiro lóbulo, que existe nos mamíferos superiores mas não no homem. (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 285)

²¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 105

²¹⁹ “Garofalo, que representa uma vertente jusnaturalista muito clara e fortemente tingida de platonismo, embora pretendendo chegar à objetividade valorativa por uma via presumidamente científica. O próprio objetivo de sua investigação nos indica esta tendência: toda a sua obra orienta-se à procura de um conceito de ‘delito natural’. (...) Sustenta que há dois sentimentos básicos, os de piedade e probidade (justiça), que vão se desenvolvendo de maneira a tornarem-se cada vez mais delicados e finos. Afirmava que esses sentimentos encontram-se subjacentes a todas as modalidades históricas e que o delito sempre é uma lesão a eles. Como consequência disto, constrói uma classificação “natural” dos delitos, segundo lesionem um ou outro desses sentimentos e, desenvolvendo sua teoria a partir deste dogma, conclui que os homens dele carecedores devem ser expulsos da sociedade. (...) Em Garofalo encontramos todos os argumentos os argumentos que haviam de ser usados pelos totalitarismos e autoritarismos.”

E este o momento, propriamente, que a "pena" entra em cena no sistema dos positivistas, como também entra em cena GAROFALO (1983) insistindo no aspecto jurídico das inovações necessárias na Justiça Penal e projetando as concepções criminológicas (antropológicas e sociológicas) do positivismo para o Direito Penal. Formula o conceito de "temibilidade do delinqüente" significando a perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que há que se temer por parte dele, depois substituído pelo termo mais expressivo de periculosidade. Também CRISPIGNY ocupa um lugar especial nesta projeção jurídica do positivismo criminológico no âmbito da reforma e do Direito Penal italiano, desenvolvendo técnico-juridicamente o conceito de valor sintomático do delito como expressão da periculosidade do autor proveniente, sobretudo, de FERRI.²²⁰

Ferri, considerado o pai da sociologia criminal, apesar de concordar com as definições de Lombroso e Garofalo, busca na sociologia outras formas de punição, busca também a readaptação e regeneração do criminoso²²¹, uma vez que busca por mais justiça social e menos por justiça penal²²².

Em 1905, Arturo Rocco profere na Universidade de Sassari, na Itália, uma aula magna em que analisa e critica o método pelo qual o direito penal estava sendo aplicado, forma assim a escola tecno-jurídica.

E essa nova orientação caracteriza muito mais uma corrente de renovação metodológica do que propriamente uma escola, na medida em que procurou restaurar o critério propriamente jurídico da ciência do Direito Penal, cujo maior mérito foi apontar o verdadeiro objeto do Direito Penal, qual seja, o crime, como fenômeno jurídico. Sem negar a importância das pesquisas causal-explicativas sobre o crime, sustenta, apenas, que o Direito, sendo uma ciência normativa, seu método de estudo é o técnico-jurídico ou lógico-abstrato. Sustentou-se que a Ciência Penal é autônoma, com objeto,

(ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 288-289)

²²⁰ (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 141-142)

²²¹ "Para Ferri, a responsabilidade penal derivava do mero fato de se viver em sociedade, e o fim do direito penal era a "defesa social" (com o que retoma velhos argumentos de Romagnosi e Grolman). 'Frente ao homem que está determinado ao delito, a sociedade está determinada a defender-se.' Daí que para ele não importa se o delinqüente é doente ou não o é: em qualquer caso é responsável, porque vive em sociedade e a sociedade precisa defender-se do delito. Conforme este critério, Ferri não distinguia entre imputáveis e imputáveis, substituindo a culpabilidade pela periculosidade, entendida como a relevante possibilidade de tornar-se autor de um delito. (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 285)

²²² Precisamente, portanto, FERRI culpava a orientação ideológica (liberal-individualista) e metódica (racionalista) da Escola Clássica por haver perdido de vista, respectivamente, as necessidades sociais de prevenção do delito e a individualidade concreta do homem delinqüente e, por isso mesmo, haver fracassado frente ao considerável aumento da criminalidade e da reincidência. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 132)

método e fins próprios, não podendo ser confundida com outras ciências causal-explicativas ou políticas. O Direito Penal é entendido como uma “exposição sistemática dos princípios que regulam os conceitos de delito e de pena, e da consequente responsabilidade, desde um ponto de vista puramente jurídico”.²²³

As falhas vistas e apontadas por Rocco são decorrentes das escolas que lhe antecederam, a clássica e a positivista. Os métodos anteriores são criticados por ele como não os mais apropriados para o estudo do Direito Penal. “Rocco insurge-se também contra o direito natural diante da premissa de que o direito positivo é a única fonte do direito penal. Igualmente a antropologia é considerada como disciplina de ilícita intrusão.”²²⁴

Rocco sustenta que a crise da Ciência Penal pode ser resolvida com uma fixação do objeto de cada uma das matérias, porém, sem que elas fiquem estanques uma das outras.²²⁵ Contudo, cada uma das matérias da Ciência Penal teria um objeto de análise delimitado²²⁶, podendo influenciar umas nas outras, mas sem invadir o campo de estudo propriamente dito. O direito penal deveria se preocupar com o delito e as penas como fato jurídico.²²⁷

²²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 110-111

²²⁴ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 159.

²²⁵ “Segundo o mestre MAGALHÃES NORONHA, em seu artigo <<O Tecnicismo Jurídico-Penal>>, (...), o Tecnicismo Jurídico-Penal é uma orientação ou atitude em face do Direito Penal. Cremos poder considera-lo como o estudo sistemático do Direito Penal positivo vigente, deduzido das leis do Estado. Significa isso, portanto, que o Direito Penal é o que está na lei; somente com este deve o jurista preocupar-se. Dessarte (sic), seu método não é puramente racional de investigação filosófica da Escola Clássica nem o experimental do Positivismo-Naturalista, mas o técnico jurídico. No estudo do Direito Penal, não há lugar para Escolas, pois não pode haver diversidade de métodos: ele é único, é dedutivo, é técnico-jurídico. (BADARÓ, Ramagem. *Introdução ao Estudo das 3 Escolas Penais*. A.Artes Gráficas: Salvador. 1965. p.143)

²²⁶ “Tal resposta, orientada pela “necessidade de especialização” foi pontualizada como a necessidade de estabelecer, no âmbito do método jurídico, uma divisão do trabalho que, requerendo uma rígida fixação do objeto e limites de cada disciplina não deveria implicar uma “separação” e muito menos um “divórcio científico” (ROCCO, 1982, p. 11-14 passim). Enquanto a Ciência Penal teria por objeto de estudo o crime e a pena como fatos jurídicos, a Antropologia teria por objeto o crime como fato “individual” e a pena como fato social; a Sociologia o teria a ambos como fato social sendo estas duas Ciências ao lado da História e do Direito comparado as fontes do “conhecimento científico” do Direito, e não do “Direito” como “pensamento de inexatos afirmaram alguns” a respeito da Sociologia. (ROCCO, 1982, p.37-44 passim) (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 166-167)

²²⁷ “Na histórica conferência *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, Rocco sustentou que o método de estudo deveria cingir-se à dedução dos princípios que constituem o sistema do direito legislado em face dos meios da técnica jurídica e não as abordagens limitadas aos comentários e às críticas. Em sua perspectiva, o estudo do Direito Penal deve se concentrar no direito positivo vigente como o único que a experiência indica para formar o objeto de uma ciência jurídica. O trabalho intelectual do penalista deve se voltar para a interpretação do texto vigente, ordenando a matéria em um plano de sistemas e detectando os princípios jurídicos

Essa experiência italiana é essencial para a criação de uma fórmula de interpretação do Direito Penal, em que o intérprete penal possa subsumir os fatos com as tipificações codificadas pelo legislador.

Já na Alemanha, o desenvolvimento das Ciências Criminais se dá de maneira diferente do que aconteceu na Itália²²⁸. Vera Andrade sustenta que “foi na Alemanha, pois, que o positivismo jurídico deu lugar ao nascimento da Dogmática Penal e é na matriz alemã (Binding, Von Liszt e Beling) que se inspira, como já afirmamos, a reação tecnicista em Itália.”²²⁹ Segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar.

O elaborado sistema de compreensão do direito penal alemão se iniciou no século XIX, a cargo de doutrinadores (como Binding, Merkel e os hegelianos) que se esquivavam do problema da constitucionalidade e ilegitimidade das leis penais, pois partiam do pressuposto de um estado racional (legislador racional) e não suspeitavam da substância de um estado de polícia sob múltiplas máscaras. **Seria natural que envidassem esforços para o aperfeiçoamento dos requisitos de operatividade de um poder que consideravam substancialmente racional. O desenvolvimento de**

resultantes em formas de dogmas. O penalista deve proceder à crítica objetiva se for o caso e propor as modificações no próprio âmbito do Direito Penal, sobre a base de seus princípios e do seu sistema e não, subjetivamente, por influxo da Filosofia do Direito Penal e da Política Criminal.” (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 159)

²²⁸ “Por outro lado, enquanto na Itália o positivismo naturalístico conduziu a um deslocamento do objeto da Ciência Penal para a realidade empírica, na Alemanha ele influiu sobre a “Jovem Escola alemã” traduzindo-se na concepção eclética de VON LISZT, seu principal representante, que se limitou a aduzir, junto ao estudo (dogmático) do Direito Positivo, o estudo (criminológico) do delito e do delinquente, procurando uma síntese conciliadora de ambos. Não tendo experimentado portanto na Alemanha a transcendência experimentada na Itália, tanto o positivismo jurídico quanto o positivismo naturalístico tiveram uma forte influência na Ciência Penal germânica manifestando-se nas origens da Dogmática Jurídico-Penal.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 170)

²²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. E também: “A Escola Moderna Alemã apregoa a necessidade de extremar o Direito Penal da Criminologia, devendo o Direito Penal limitar-se à dogmática dos textos legais, valendo-se do método lógico. Finalidade diversa é a da Criminologia que estuda cientificamente o delito no seu aspecto externo e nos fatores interiores, sem o que será inócua a aplicação da pena.” (BADARÓ, Ramagem. *Introdução ao Estudo das 3 Escolas Penais*. A. Artes Gráficas: Salvador. 1965. p. 131) Ver também: “o clima intelectual em que se desenvolveu o positivismo italiano não era o mesmo que se deu na Alemanha. Apesar do materialismo mais cru ter correspondido a um alemão – Haecker -, no plano penal a corrente alemã sempre se moveu dentro de uma espécie de dicotomia, de um certo paralelismo entre o material e o espiritual, tratando de harmonizar ambas as coisas, o que, por outra parte, era a atitude dominante na filosofia germânica. Por um lado, esta foi a atitude de certo setor neokantiano e, por outro, também Wundt, um psicólogo dedicado à filosofia, seguiu este caminho dicotômico.” (ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 290)

sistemas teóricos nessas bases foi estimulado porque cumpria uma clara função pragmática, como classificar elementos e oferecer um método de análise, o que facilitava tanto o ensino do direito (treinamento de futuros burocratas) quanto a atividade judicial nos casos concretos (exercício do poder decisório). Essa função pragmática (ensino e decisão) potencializou o desenvolvimento teórico do delito quando a tarefa judicial foi encomendada a agência jurídica burocratizadas e verticalizadas, às quais chegava após um longo treinamento acadêmico e que eram próprias de um estado legal de direito.²³⁰ (grifo nosso)

Binding será o primeiro a estabelecer o Direito Penal como uma ciência cujo objetivo é a lei positivada. Ele assevera que ela deve ser vista como o objeto de estudo exclusivo do jurista²³¹, utilizando-se do chamado positivismo jurídico, que “pode ser definido como o culto ao fato ‘no jurídico’, isto é, considera-se que ‘fato’, no jurídico, são as leis (as leis positivas). O único direito e toda a sua base de interpretação são as leis, a letra da lei.”²³² Sustenta sua teoria no positivismo jurídico, criticando veemente o positivismo criminológico.²³³ Sua teoria das normas fundamenta que o delinquente ao cometer um delito “não viola a lei penal, mas sim a cumpre, violando a norma, que se acha fora da lei penal, conhecida por nós através dela.”²³⁴

Von Lizst, por sua vez, traz duas imensas contribuições para esse desenvolvimento do pensamento jurídico-penal, ao desenvolver a ideia de distinção entre as ciências da criminologia, do direito penal e da política criminal; e, assim, desenvolve uma teoria do delito. Para Von Lizst

na Ciência do Direito Penal, as normas são o objeto, a lógica o método e sua primeira tarefa consiste no puro estudo técnico-jurídico da legislação penal; na consideração do delito e da sanção como generalizações conceituais (claro está, jurídicas); em sistematizar totalmente as prescrições individuais da Lei, chegando até os primeiros

²³⁰ Zaffaroni, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 164

²³¹ Assim, se FEUERBACH realizou o transplante, com todas as suas consequências, das concepções políticas do liberalismo individualista para o Direito Penal é BINDING quem desenvolve primeiramente tais princípios numa exposição científica do Direito Penal segundo a qual a lei positiva, considerada como um todo objetivo, era o único objeto e ponto de partida possível penalista. (MUNOZ CONDE, 1976, p. 109) (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 169-170)

²³² ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 293.

²³³ ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 584.

²³⁴ ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 584

conceitos fundamentais e os princípios básicos; em apresentar, na parte especial do sistema, as diversas infrações e as diferentes sanções correspondentes e na parte geral, o conceito de delito e de sanção em geral. Consiste, em síntese, na consideração puramente técnico-jurídica, apoiada na legislação penal, do delito e da pena como generalizações conceituais. Como Ciência eminentemente prática, que, por estar sempre ao serviço da administração da justiça, encontra nesta fonte de constante enriquecimento, a Ciência do Direito Penal deve ser caracteristicamente sistemática e permanecer como tal. Pois, só a ordenação dos conhecimentos na forma de um sistema garante aquele domínio seguro e imediato dos casos particulares, sem o qual a aplicação do Direito é sempre diletantismo, abandonada ao acaso e à arbitrariedade.²³⁵

Contudo, importante a ressalva de Zaffaroni e Pierangeli que afirmam que “Von Lizst chegou a desconfiar da dogmática jurídica como ciência, reduzindo-a à categoria de uma prática para juristas. (...) o delito era para Lizst um produto social e a antijuridicidade um dano social.”²³⁶ Entretanto, nota-se que ele desconfia, mas traz para dentro do conceito de delito uma divisão que fornece ao operador do direito essa gramática formada e utilizada pela dogmática penal.

A teoria do delito desenvolvida por Lizst de “modo claro, didático e sistematicamente estruturado, produz enormes avanços no campo dogmático.”²³⁷

Assim, essa escola moderna alemã traz pela primeira vez a distinção entre as esferas das Ciências Criminais²³⁸ e distingue objeto, método e fim do estudo de cada uma delas e realiza a distinção entre o direito penal, que deverá ser dogmático ao utilizar-se de uma gramática própria com parâmetros predeterminados, e signos próprios, a criminologia que permanecerá uma ciência interdisciplinar e a política criminal como decisões dos governos²³⁹.

²³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em

<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 171

²³⁶ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 290.

²³⁷ ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. 3a ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 179.

²³⁸ “Nele, portanto, contrariamente ao modelo ferriano, a Dogmática e a Criminologia preservam sua autonomia metodológica e a função da Ciência Penal vincula-se tanto à aplicação judicial quanto à reforma do Direito Penal.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 177)

²³⁹ “Franz von Liszt (1851-1919) concebeu uma *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciência total do direito penal), que se encarregaria de três tarefas investigativas: a) criminológica – seria a verdadeira, que tinha função científica ou de indagação das causas do delito e do efeito das penas; b) político criminal – seria a tarefa valorativa, que surgia como resultado da científica; c) direito penal (dogmática) – seria a pedagógica, que consistia em pôr limites à política criminal. A originalidade de Lizst estava na concepção da dogmática como limitadora da política criminal.

A teoria do delito criada por Von Lizst é a raiz teórica do Código Penal Brasileiro de 1940, ainda em vigor, criando uma gramática para a compreensão do que se configura como delito e sua conformação com os tipos penais tipificados. E é com essa gramática que os juristas irão trabalhar ao se enquadrar um fato em uma das categorias tipificadas na legislação penal.

4.2 FONTES DO DIREITO

Nesta parte do capítulo trabalha-se com as fontes do direito nas duas matrizes teóricas abordadas no capítulo anterior. Dessa maneira aponta-se como cada uma delas se relaciona com as fontes formais do direito, e quais são essas fontes do direito.

Fonte do direito significa o ponto inicial do direito, seja em seu sentido histórico, seja em sentido de onde ele é criado. Para Montoro, a expressão fonte do direito significa uma “expressão figurada ou, se quisermos, um caso de analogia metafórica. (...) a “fonte do direito” é o próprio direito em sua passagem de um estado de fluidez e invisibilidade subterrânea ao estado de segurança e clareza.”²⁴⁰

Para Tercio Ferraz Júnior:

O uso da palavra está transposto e pretende significar a origem, a gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por fonte quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação. Por sua vez, a própria expressão direito, igualmente vaga e ambígua, confere à teoria uma dose de imprecisão, pois ora estamos a pensar nas normas (direito objetivo), ora nas situações (direito subjetivo) e até na própria ciência jurídica e sua produção teórica (as fontes da ciência do direito).²⁴¹

De acordo com isso, a política criminal tornava-se legitimada dentro dos limites da dogmática, que era, segundo as palavras do autor, a *Carta Magna do delinquente*.” (Zaffaroni, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 582)

²⁴⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 373

²⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018. p. 183

Miguel Reale traz uma definição mais restritiva de fontes do direito, uma vez que o mesmo apenas as entende como fonte do direito “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*.”²⁴²

As fontes do direito podem assumir tanto uma visão histórica, que aponta para a historicidade do direito ou do sistema jurídico - importante para que se possa compreender o desenvolvimento do direito - como a visão dogmática do meio pelo qual o direito se manifesta dentro de perspectivas jurídicas, filosófica e sociológica. Neste trabalho, em virtude do seu recorte de pesquisa, será abordada apenas uma perspectiva jurídica, embora não se desconheça a importância das outras visões.

Cada matriz teórica adota fontes de direito de maneira diversa. As fontes, em regra, serão as mesmas, o que as diferencia é a maneira de lidar e aplicar cada uma delas.

4.2.1 Fontes do Direito da Tradição da *Civil Law*

Dentro da matriz *Civil Law* é corriqueira a ideia de que a única fonte do direito é a lei, e que esse é o grande diferencial da matriz *Common Law*. Entretanto, se assim o fosse, o direito seria apenas a aplicação fria da lei ao caso concreto (como era o desejo dos revolucionários franceses de 1789), e esta lei deveria prever todas as possibilidades de atos e fatos que pudessem ocorrer no Estado, o que não é verdadeiro. Por outro lado, seria consequência argumentar que os países de tradição *Common Law* não possuem leis escritas, o que também é um grande equívoco.

René David argumenta:

Confundir o direito e a lei, ver na lei a fonte exclusiva do direito é contrário a toda a tradição romano-germânica. As universidades, que através do seu ensino forjaram as nossas concepções jurídicas, puderam apoiar-se sobre as leis romanas, mas apenas

²⁴² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 140.

até certo ponto; os tribunais, especialmente os parlamentos franceses, desempenharam um papel fundamental na elaboração dos direitos nacionais e só excepcionalmente eles foram orientados, nesta obra, pelas leis. A escola de direito natural, a partir do século XVII, apelou para que o legislador sancionasse, com a sua autoridade, as regras justas elaboradas a partir dos postulados da natureza e da razão; mas, preconizando uma nova técnica, a da codificação, ela jamais pretendeu afirmar que o direito e lei devam ser confundidos, e que o simples estudo das leis possa dar-nos a conhecer o que é o direito.²⁴³

A lei é considerada, nos países de tradição *Civil Law*, a maior fonte de direito, porém não a única. O artigo 4º, do Decreto Lei 4.657 de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”²⁴⁴, demonstra assim, que, além da lei, existem outras fontes do direito que devem ser levadas em consideração, como costumes e princípios gerais do direito.

A lei é o ato emanado do órgão estatal competente – em regra o Poder Legislativo - com normas gerais e abstratas, de força cogente, permanente e escrita. Na definição de Miguel Reale, “uma lei é o ponto culminante de um processo, que, em todo os seus momentos, em todo os seus ritmos, já está previsto em uma lei anterior, quanto mais não seja na Constituição.”²⁴⁵

Os requisitos da obrigatoriedade das leis é que elas sejam válidas, - emanadas da autoridade competente e disponham sobre assunto dentro de sua competência legislativa-; bem como tem que estar vigente, isto é, já ter entrado em vigor. A vigência e validade das leis podem estar pré-fixadas nelas mesmas, ou, se assim não estiver estipulado, ela será válida até que outra norma legal a revogue.

Todos os países da família romano-germânica possuem constituições escritas a cujas disposições se reconhece um prestígio particular²⁴⁶, uma vez que a Constituição terá prevalência sobre as demais normas legais do país, e deve ser respeitada em todas as suas premissas.

²⁴³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 88.

²⁴⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em 15 nov. 2018

²⁴⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 156.

²⁴⁶ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 93.

É bastante comum a adoção da codificação como forma de regulamentar os ramos jurídicos essenciais. Nas codificações que adotam o modelo francês, em regra, ocorre a divisão em uma parte geral que traz normativas comuns a todos os conteúdos, e outra parte especial dividida em tópicos específicos.²⁴⁷

Na tradição da *Civil Law* os juízes devem se socorrer do corpo legislativo para aplicar o direito ao caso concreto, porém, como já mencionado, o ordenamento não consegue prever todas as situações, e, nesse caso, o juiz não pode deixar de aplicar o caso *sub judice* sem uma decisão. Ele também terá que suprir a lacuna legislativa com as demais fontes do direito como o costume, a doutrina, etc.

O costume foi renegado por muito tempo como fonte do direito pelos países de tradição *Civil Law* por influência do direito francês pós- revolucionário, que via nessa fonte do direito um retrocesso na caminhada evolutiva do direito e uma marca do Antigo Regime, objetivando ter a lei sob responsabilidade do Poder Legislativo como única fonte do direito. Isso não se mostrou viável com o passar dos anos, vez que a lei não é capaz de prever todas as situações possíveis de ocorrer.

René David assevera:

Juristas franceses e alemães adotam, em teoria, uma atitude diferente perante o costume. Os juristas franceses são tentados a ver nele uma fonte de direito de certo modo ultrapassada, não desempenhando mais que um papel insignificante depois de termos reconhecido, com a codificação, a preponderância incontestada da lei. Estariam prontos a subscrever as fórmulas legislativas que, na Áustria e na Itália, apenas preveem a aplicação dos costumes nos casos em que a lei remete expressamente os juízes para este. Pelo contrário, na Alemanha, na Suíça e na Grécia a preocupação é apresentar a lei e o costume como duas fontes de direito colocadas no mesmo plano; esta atitude é aparentemente orientada pela ideia da escola histórica que considerou o direito, no século XIX, como um produto da consciência popular. Assim, a discrepância que existe na teoria não tem qualquer consequência na prática. De fato, ambos comportam-se como se a lei se tivesse tornado a fonte exclusiva ou quase exclusiva do direito; a realidade revela-nos, contudo, outra coisa, confere ao costume um papel muito maior que a aparência nos leva a supor.²⁴⁸

²⁴⁷ “Sob uma e outra destas formas o movimento de codificação estendeu-se dos séculos XIX e XX, a todos os países da família romano-germânica. O parentesco entre os direitos destes países manifestou-se não só através desta comum adesão à fórmula de codificação, mas também pelo modo como foram agrupadas as regras num certo número de códigos. A França forneceu o exemplo com a promulgação dos cinco códigos napoleônicos. Nos diversos países da família romano-germânica, vamos reencontrar os mesmos cinco códigos de base.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 97.)

²⁴⁸ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 114

O direito Brasileiro prevê o costume como fonte subsidiária à lei, e, na falta daquela, deve-se utilizá-lo para suprir as lacunas legislativas – determinação, como mencionado, do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Contudo, para que o costume possa ser considerado obrigatório é necessária a presença de dois requisitos: o uso continuado, ou seja, a prolongação no tempo do uso e por toda uma comunidade; e a consciência da obrigatoriedade. Não sendo necessário o conhecimento e uso do costume por toda população de um país, apenas que setores da sociedade envolvidos no uso daquele costume específico preencham os requisitos subjetivos²⁴⁹.

Distinção muito importante é feita por Montoro²⁵⁰ que chama a atenção ao movimento de redução por escrito dos costumes. Isso se dá em virtude da necessidade de sua fixação e de prova; por isso, o costume não se contrapõe ao direito escrito, mas sim ao direito legislado.

O uso não se confunde com os costumes, uma vez que mesmo que haja a prática reiterada de uma conduta, ela só será considerada um costume se houver a consciência da obrigatoriedade da mesma. A linha de separação das duas formas é muito tênue, porém, só será considerada fonte de direito o costume se a parte conseguir demonstrar os seus dois requisitos. Venosa²⁵¹ afirma que, embora o uso possua o *corpus*, lhe faltará o *animus* para que seja considerado como costume e por isso não será dito como fonte do direito.

No direito brasileiro, com a entrada do Código Civil de 2002 foram aceitas algumas teorias que admitem o costume para fazer regras entre as partes, é o caso do princípio da *surrectio*, prevista no artigo 33º do Código Civil ou do *venire contra factum próprio* que foi objeto de análise e incorporação no ordenamento através do enunciado 362, da IV Jornada de Direito Civil²⁵².

²⁴⁹ “Não é necessário, porém, que a sociedade como um todo tenha dele consciência. O costume pode ser setorizado. Seu maior campo de atuação é, sem dúvida, o provento direito comercial, com suas práticas, todas elas de origem costumeiras. (...) Geralmente, o costume é setorizado em parcela da sociedade.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 126.)

²⁵⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 398

²⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 129.

²⁵² BRASIL. *IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/474>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Da mesma forma, as decisões tomadas de forma repetitivas pelos Tribunais, chamadas de jurisprudência, servem de norteador para os demais juízes e para o próprio tribunal na tomada das decisões. Importante frisar que não basta uma decisão alusiva a um fato concreto, é necessário a repetição de decisões que se conformem no mesmo sentido para que possa afirmar que existe uma jurisprudência sobre determinado assunto.

É a repetição de decisões por um determinado período, sem decisões em contrário que vai firmar a jurisprudência de um tribunal sobre uma determinada matéria; e por causa dessa característica que Montoro²⁵³ afirma existir uma certa semelhança entre a formação da jurisprudência e do costume. O costume será formado pela repetição prolongada por todo um setor da comunidade, com a consciência de sua obrigatoriedade; enquanto a jurisprudência se forma pela repetição prolongada de decisões conformes e que por isso passam a ser adotadas pelo tribunal e pelos demais juízes.

Nota-se, porém, que nos países de tradição Civil Law, não existe a obrigatoriedade da adoção da jurisprudência. A jurisprudência é um norte que o magistrado pode seguir, mas se entender que no caso concreto sub judice ele deve aplicar outra linha de raciocínio e afastar o entendimento jurisprudencial, ele pode fazê-lo, e não é obrigatória a adoção da jurisprudência.²⁵⁴ René Davi afirma:

Para julgar a importância que têm, na elaboração do direito, as decisões judiciais, é necessário, ainda aqui, duvidar das fórmulas feitas que, na intenção de sublinhar o exclusivismo da lei, recusam a natureza de fonte de direito à jurisprudência. Estas fórmulas são um pouco irrisórias quando são usadas em países como a França e a Alemanha, onde a jurisprudência assume, em certos domínios, um papel de primeiro

²⁵³ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 406.

²⁵⁴ “O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018. p. 201). “As regras de direito são estabelecidas pela jurisprudência, em segundo lugar, não tem a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador. São regras frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, no momento do exame duma nova espécie. A jurisprudência não está vinculada pelas regras que ela estabeleceu; ela não pode mesmo invoca-las, de modo geral, para justificar a decisão que vai proferir.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 120.)

plano na evolução do direito ou onde as obras da doutrina, muitas vezes, se limitam à exegese da jurisprudência. Elas são igualmente falsas, apesar das aparências, nos países onde a doutrina pouco ou nada se importa com a jurisprudência.²⁵⁵

O Poder Legislativo acaba também por sofrer influência desta construção de decisões repetitivas que constituem o corpo das jurisprudências, e por vezes, acabam por legislar para adequar a legislação ao que já vem sendo decidido nos tribunais.

No Brasil, a partir da entrada em vigor no Código de Processo Civil em 18 de março de 2016, admitem-se os precedentes jurisprudenciais, objetivando a isonomia das decisões, a segurança jurídica, é portanto entendido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, posterior em casos análogos. É composto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento”²⁵⁶. No entanto, antes disso, já existiam as súmulas dos tribunais, e as súmulas vinculantes.

No caso da súmula, elas funcionam como uma forma de compendiar as decisões repetitivas dos tribunais; no caso da súmula vinculante, além dessa função de sumarizar as decisões, elas se tornam de cumprimento quase obrigatório para a administração pública e demais órgãos do Poder Judiciário.

Mas não é apenas no Brasil que se pode falar em precedentes obrigatórios, na Alemanha são consideradas obrigatórias as decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, na Colômbia são as decisões do Supremo Tribunal, entre outros exemplos dentro dos países de tradição *Civil Law*.²⁵⁷ Além disso, diversos países de tradição *Civil Law* hoje possuem coletâneas de jurisprudência.²⁵⁸

²⁵⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 1117

²⁵⁶ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas Considerações sob a Ótica do Novo CPC*. Revista da AGU. 2012. p. 253. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376>. Acesso em 17 dez. 2018

²⁵⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 127

²⁵⁸ “Existem hoje, em numerosos países de família romano germânica (França, Alemanha, Espanha, Itália, Suíça, Turquia), compilações oficiais de jurisprudência. Estas compilações oficiais podem, num dado momento, servir para estabelecer uma distinção, que nem sempre gostamos de reconhecer, entre decisões que constituem jurisprudência e decisões que será conveniente esquecer.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 124.)

Além da jurisprudência, importante também é destacar a importância da doutrina no ordenamento jurídico, uma vez que a tradição jurídica nos países que seguem a *Civil Law* começou a ser desenvolvida graças ao trabalho da doutrina, porque foi com o estudo, complemento, interpretação do direito romano que esses países começaram a desenvolver algum tipo de direito escrito que mais tarde irá confluir no direito legislado através do Poder Legislativo (teoria da separação dos poderes), especialmente após a revolução francesa de 1789.

Dessa forma, a participação da doutrina no ordenamento jurídico dos países da *Civil Law* é histórica²⁵⁹ e é base de todo seu desenvolvimento. Contudo, a maioria da doutrina²⁶⁰ não a considera como fonte do direito, e, conforme Miguel Reale, isso assim o é porque ela não possui a força cogente, bem como “não se desenvolve numa ‘estrutura de poder’, que é um requisito essencial ao conceito de fonte”²⁶¹.

Mesmo sem ser fonte de direito, ela é importantíssima para a construção do pensamento jurídico de um Estado que segue a tradição *Civil Law* porque ela clareia os conceitos trazidos na lei, explicando-os e delimitando seu conteúdo, sendo considerada fonte de interpretação do direito²⁶², conquanto o magistrado pode escorar-se para chegar à melhor forma de aclarar o conteúdo da norma; e pode-se até mesmo afirmar que ela é fonte de inspiração do direito, quando o legislador utiliza de teorias, conceitos trazidos de outros países ou criados por ela.

Já os princípios gerais do direito são preceitos de orientação gerais e abstratos não apenas para a comunidade, mas principalmente para os Poderes instituídos. Assim, eles devem orientar o Poder Legislativo no momento da

²⁵⁹ “A proeminência dos doutrinadores na tradição *Civil Law* é muito antiga. Os juristas romanos – que aconselhavam, o *praetor* e o juiz, eram reconhecidos como especialistas em direito, mas não possuíam responsabilidade legislativa ou judicial – são considerados como os fundadores da tradição da doutrina. Suas opiniões tinham grande peso, e durante o segundo século da era cristã os pareceres de certos juristas vinculavam os juízes.” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law. Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 92.)

²⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 135

²⁶¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 176

²⁶² “Posições doutrinárias dominantes (doutrina dominante) não chega, no sistema romanístico, a ser fonte de direito. Sua autoridade, porém, como base de orientação para a *interpretação* do direito, é irrecusável.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018. p. 202)

confeção das leis, o Poder Executivo no momento de estruturação das políticas públicas do País, e o Poder Judiciário no momento de aplicação da lei.

Os princípios gerais do direito são o eixo condutor da sociedade, as normas que, embora não escritas, devem ser seguidas por todos. Deste modo, para Miguel Reale:

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.²⁶³

Os princípios não precisam estar previstos expressamente em algum texto legal, embora a Constituição do Brasil de 1988 mencione expressamente alguns deles, como, por exemplo, a isonomia. Contudo, mesmo os não previstos podem ser utilizados para fundamentar decisões judiciais como forma de interpretação do direito²⁶⁴, mesmo que o princípio não esteja positivado na legislação escrita do País, ele faz parte da lógica do sistema, ao integrar e acrescentar coesão ao todo.²⁶⁵

Nota-se que, embora haja outras fontes de interpretação e aplicação do Direito Penal, a lei é a fonte primária deste ramo do Direito, é a única legitimada para introduzir tipos penais no ordenamento jurídico. A dogmática penal, por sua vez, possibilita o conhecimento dos conceitos específicos trazidos pela tipificação legal, diferentemente dos países de tradição da *Common Law*, como se analisará a seguir.

3.2.2 Fontes do Direito da Tradição da *Common Law*

²⁶³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 304-305

²⁶⁴ “Ressalta-se que os princípios gerais podem atuar primeiramente como orientadores da função interpretativa e, na ausência de dispositivo legal, aplicado diretamente como fonte de Direito.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 144.)

²⁶⁵ “Quando os juristas apelam, para princípios gerais, no caso em que isso foi previsto pela lei, é permitido pensar que eles agem em virtude duma espécie de delegação de poderes autorizada pelo legislador. Mas quando o legislador se absteve de lhes conferir este poder, os juristas consideraram, contudo, que era dele detentores, pela própria função que eram chamados a exercer. Eles têm feito uso deste poder com moderação, porque entendem que a melhor maneira de realizar a justiça, na nossa sociedade, é conformarem-se com a ordem que resulta das regras legais. Contudo, quando as circunstâncias o exigiram, não hesitaram em fazê-lo.” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993, p. 137.)

Um erro comum é afirmar que a *Common Law* é um sistema baseado primordialmente nos costumes, tanto que o sistema inglês é reconhecido como um sistema costumeiro. Todavia esse é um sistema que se baseia mais nos precedentes jurisprudenciais do que propriamente nos costumes.

Esse equívoco pode ser ocasionado por dois fatores díspares. Primeiro, por uma raiz histórica que os difere dos países da tradição da *Civil Law*, que após a revolução francesa passaram a sofrer um processo de codificação que não ocorreu nos países da *Common Law* que se manteve fiel ao seu desenvolvimento jurídico através dos Tribunais de Westminster e das *Equitys*²⁶⁶. A segunda possibilidade é a tomada dos precedentes como um direito costumeiro dos Tribunais.

Isso não quer dizer que nos países de tradição *Common Law*, não se utilize a lei como fonte do direito. Ela usada de maneira distinta da forma como é usada nos países de tradição da *Civil Law*, mas permanece como fonte formal de direito.²⁶⁷ É certo que “no Common Law, a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais e não o contrário. De modo que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios inúteis para se distinguirem os sistemas de Common Law e Civil Law.”²⁶⁸

Na *Common Law* as leis, a princípio, ou pela teoria clássica, eram entendidas apenas como um meio de trazer adendos ou algum ajuste aos princípios seguidos pelos precedentes jurisprudenciais. Isso porque, na

²⁶⁶ “Já no século XIII, era costume citarem-se os casos e suas decisões (*Case Law*). A princípio, era apenas um uso geral, não se achando que os juízes estivessem vinculados a decidir conforme os precedentes. Pouco a pouco, a doutrina foi aceitando o caráter vinculativo, que toma uma configuração mais definida nos séculos XVII e XVIII. O aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea terminaram, já no século XIX, por consagrar uma doutrina acabada, conhecida como *stare decisis*.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018. p. 200.)

²⁶⁷ “Temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios.” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 142)

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes No Brasil*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em 10 dez. 2018

Common Law ainda se tem a cultura de que o direito é produzido pelo Poder Judiciário, órgão autônomo, e não pode ser subordinado às normas criadas pelo Parlamento.²⁶⁹

No entanto, essa realidade vem sendo modificada aos poucos, principalmente com alguns avanços sociais. Mas, mesmo essas leis, para serem aplicadas ainda enfrentam alguma resistência.

No sistema *Common Law* (...) a lei é vista como apenas uma dentre as várias fontes. Seu papel não se sobrepõe às demais modalidades, como o costume, a jurisprudência, os princípios gerais. Fenômeno marcante desse sistema é o fato de a lei e o direito de origem jurisprudencial conviverem como dois sistemas distintos dentro do mesmo ordenamento. Ainda quando existam códigos, e muitos desses países os têm, essas fontes são vistas como consolidação do direito consuetudinário anteriores à codificação, sendo interpretadas com base em precedentes jurisprudenciais.²⁷⁰

Não quer se dizer que as leis não serão aplicadas, elas serão aplicadas pelos juízes ao caso concreto, mas só serão entendidas como incorporadas ao ordenamento jurídico após serem transformadas em precedentes jurisprudenciais e, a partir daí, serão aplicados os precedentes e não mais a lei. Isso se dá pela própria tradição da *Common Law*, porque os juristas assim estão acostumados, e acima de tudo, porque esse é o modo com que se está acostumado a aplicar o direito na *Common Law*.²⁷¹ Hoje,

O que realmente varia do *Civil Law* para o *Common Law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *Common Law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *Common Law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *Common Law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *Civil Law* e o *Common Law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código.²⁷²

Contudo, sem dúvida, a fonte mais lembrada quando se discute sobre os países de tradição *Common Law* são os precedentes judiciais, que são as decisões judiciais com força obrigatória para os demais juízes daquele tribunal

²⁶⁹ DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

²⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 122

²⁷¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes No Brasil*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em 10 dez. 2018

ou tribunais inferiores. Soares sustenta que o precedente é uma regra conectada com os fatos do caso que lhe deram origem, não é uma norma geral e abstrata e por isso, o operador do direito tem que ter um extenso conhecimento jurídico para poder encaixar o precedente nos demais casos análogos.²⁷³

Considerada a principal fonte do direito dos países de tradição *Common Law*,²⁷⁴ os precedentes foram construídos historicamente, a partir dos tribunais de Westminster; embora hoje os tribunais superiores é que criam realmente o direito aplicado pelas Cortes. Ocorre que os precedentes são formulados apenas das decisões tomadas por estes tribunais superiores, que são aqueles que se debruçam sobre os problemas formando razões de decidir que serão vinculantes para as Cortes inferiores.

O que vincula o magistrado na tomada de decisão é a razão de decidir, o porquê foi decidido de determinada maneira, e não o dispositivo legal. René David sintetiza os traços fundamentais dos precedentes:

primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio decidendi*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre sua utilidade para o caso.²⁷⁵

Sustenta-se a favor da adoção da técnica de precedentes a mutabilidade da sociedade e do mundo; os tribunais conseguiriam acompanhar esses movimentos adequando-se mais prontamente a essa nova realidade. Contudo, até 1966 era vetada a modificação dos precedentes das decisões da *House of Lords*. Somente nessa data, o Lorde Chanceler autorizou que a Casa pude se

²⁷³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 41.

²⁷⁴ “a ideia de vinculação do julgado precedente às demandas semelhantes surgiu nos idos do século XIX, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861, referendado no caso *London Street Tramways v. London County Council*, este último tido como o mais célebre case. Restou decidido pelo Lord Halsbury que seria mais sensato para a sociedade que fossem estabilizados os litígios com uma solução por vezes, até mesmo, inadequada, do que eternizar as incertezas e inseguranças.” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>. Acesso em 15 nov 2018)

²⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018. p. 200.

afastar dos precedentes desde que isso seja justificado pelo interesse da justiça.²⁷⁶

Segundo essa lógica, o direito, mesmo sendo dinâmico e pretendendo acompanhar a evolução da sociedade, deve guardar o necessário respeito às decisões anteriores para que sejam asseguradas a continuidade e a segurança jurídica.

Embora nos sistemas de tradição *Common Law* não seja uma obrigatoriedade a exposição dos motivos do porquê, o julgador decide por uma maneira, os magistrados ingleses primam por apresentar suas razões de decidir e deixam clara a *ratio decidendi*. Essa razão exposta é que se incorpora ao direito, tornando-se a linha a ser seguida nos casos em que se possa usar a mesma razão para decidir.

A Inglaterra é fiel a esse sistema de precedentes dos tribunais porque entende que eles foram importantes para que fossem alcançados diversos direitos fundamentais.²⁷⁷ Venosa afirma que

O isolamento inglês com relação à cultura continental, em particular ao movimento de codificação que grassou na Europa no final do século XVIII e século XIX, contribuiu para manter o *Common Law* fiel às suas origens, ao seu esquema de precedentes, no qual a lei impera de forma soberana, mas sempre é colocada de modo paralelo com a jurisprudência. (...) Nesse diapasão, o juiz inglês ou norte-americano produz, descobre, elabora o Direito, independentemente da obra do legislador, que pode apenas concorrer para sua convicção, não sendo a lei seu ponto central de raciocínio.²⁷⁸

Historicamente o direito da tradição *Common Law* se baseou por muito tempo nos costumes, aliás, o costume foi a primeira fonte de direito já que o direito escrito só foi conhecido muitos séculos depois da formação das primeiras comunidades. Contudo, perdeu sua força de fonte autônoma do direito em 1265 quando foi promulgada uma lei determinando que somente poderia ser

²⁷⁶ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993.

²⁷⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993.

²⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 123.

considerada fonte do direito o costume imemorial²⁷⁹, aquele que, comprovadamente, existisse em 1189.²⁸⁰

Contudo, ele é utilizado para a manutenção de algumas regras convencionais tradicionalíssimas. São regras de convivência que não são disciplinadas pelo direito. Entretanto, para ser utilizado o costume como algo que produza efeitos no campo jurídico é preciso que ele seja determinado como esse *costume imemorial*.

Da mesma forma que os costumes, a doutrina tem pouca importância no sistema da *Common Law*, vez que os ensinamentos se dão através de análise de casos e não de critérios vagos e imprecisos descritos em leis.

Isso também é reflexo da pouca influência que as universidades têm no campo jurídico nos países de tradição *Common Law*, bem como da evolução histórica da própria tradição jurídica, que na *Civil Law* ocorre, em parte, pela influência direta da doutrina (glosadores, comentadores). Entretanto, nos dias atuais, mesmo nos países de tradição *Common Law* há uma maior aceitação da doutrina jurídica, denominadas *books of authority*²⁸¹, que são compêndios das decisões judiciais mais importantes.

Dessa forma, evidencia-se que, embora a lei exista e seja também fonte primária de Direito Penal nos países que adotam a tradição da *Common Law*, nesses países a dogmática jurídico-penal não é necessária porque esse papel de aclarar os conceitos é feito pelos próprios precedentes judiciais que explicam, clareiam e fixam os contornos necessários para a aplicação da lei, tornando as regras mais claras de serem compreendidas.

²⁷⁹ “É necessário que o costume seja “imemorial”, é dizer, existente desde 1189 para que seja obrigatório. No entanto, quando o costume é aplicado pelo juiz ele se torna jurisprudencial, sendo submetida à regra do precedente judicial. De igual modo, deixará de ser costume se passar a constar numa disposição legislativa. Por outro lado, o costume não deve ser subestimado como fonte na Inglaterra se olharmos o aspecto constitucional. Por esse aspecto, deve-se dizer que o costume desempenha severa importância na sociedade inglesa.” (PITTA, Rafael Gomiero; FACHIN, Jéssica Amanda. *Common Law: Origem, Características, Fontes e Precedente Judicial Obrigatório*. In *Função Política do Processo*. 2017. p. 67. Disponível em <http://siacrid.com.br/repositorio/2017/funcao-politica-do-processo.pdf#page=59>. Acesso em: 10 dez. 2018.)

²⁸⁰ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 348.

²⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 137

Essa forma de pensar o direito de maneira diferente nas duas tradições jurídicas traz consequências diretas para a questão da adoção do instituto do tribunal do júri, nos países que as seguem, conforme ver-se-á a seguir.

4.3 A INCOMPATIBILIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI NA MATRIZ TEÓRICA CIVIL LAW

O instituto do tribunal do júri é originário da Inglaterra – país onde se originou a matriz teórica da *Common Law* –, e ingressou no sistema do Civil Law logo após a Revolução Francesa, em 30 de abril de 1790²⁸², como uma forma de legitimar os julgamentos, podar os poderes excessivos dos juízes togados e, portanto, representar uma ruptura com o sistema anterior²⁸³.

Ferraz Júnior explica:

O direito, com a revolução Francesa, torna-se uma criação *ab ovo*. Com isso, ele instrumentaliza-se, marcando-se mais uma vez a passagem de uma prudência prática para uma técnica poética. Ou seja, para usar uma distinção aristotélica (*Ética a Nicômaco*, 1094 a 21), o direito passa a ser concebido como *poisis*, uma atividade que se exterioriza nas coisas externas ao agente (por exemplo, com madeira de fabricar uma mesa) e que por isso exige técnica, isto é, uma espécie de Know-how, um saber-fazer, para que um resultado seja obtido. Deixa, pois, de se concebido, como o fora desde a Antiguidade, como uma *práxis*, uma atividade que não tinha um adimplemento exterior a ela mesma e ao agente; ela não visava senão ao bem agir (ético) do próprio agente, sua *eupraxia*. Está aí o núcleo do fenômeno da positivação do direito em seu sentido social.²⁸⁴

A construção jurídica até então realizada pelos países da *Civil Law* acabava por legitimar o direito dos Monarcas absolutistas. A revolução francesa

²⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 29

²⁸³ “Na realidade, o modelo burocrático de agência judicial, convertido em uma pirâmide em cuja cúspide um tribunal de cassação unificador de jurisprudência exercia um poder interno homogeneizante, começa na Prússia, mas depois se estende à França napoleônica e dali a toda a Europa. O modelo napoleônico de poder judicial, como burocracia hierarquizada, piramidal e com carreira análoga à militar, é fruto da Revolução Francesa que, por desconfiança de que os tribunais do ancien régime recuperassem o poder, outorgou ao tribunal de cassação instrumentos de controle para evitar que os juízes se distanciassem das leis promulgadas pelo parlamento. Este foi o mais acabado estado legal de direito, no qual os juízes não dispõem de nenhuma faculdade de controle constitucional da própria lei.” (ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 165)

²⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 50

foi uma luta para mudar essa realidade e buscar mais justiça e igualdade de tratamento para todos. Os juízes da época faziam parte desta nobreza opressora que reprimia desproporcionalmente os burgueses e os pobres da época, por isso, era necessária uma mudança radical na forma de aplicar o direito, para garantir o alcance a esses ideais revolucionários.

O tribunal do júri, como o executado na Inglaterra, era a forma de aplicação da justiça que se consolidou naturalmente com a construção do sistema jurídico Inglês, foi regulamentado todo o procedimento levando-se em conta, principalmente, a matéria processual. René David assevera inclusive: “O processo, por outro lado, desenrolava-se perante um júri; rigorosas e necessárias regras de prova foram, por isso, elaboradas, para que se obtivessem veredictos razoáveis de jurados ignorantes e facilmente emotivos.”²⁸⁵

Contudo, a França revolucionária não apenas importou o modelo inglês de aplicação de justiça, ela levou o assunto para discussão em Assembleias e transformou-o em um órgão político²⁸⁶ com diversas especificidades para se adequar aos seus novos ideais.

Adotou-se, então, desde logo, a publicidade dos debates, quer orais, quer escritos; a par da determinação de que o júri funcionaria nas causas criminais; “Tanto em matéria civil como criminal as audiências serão públicas e todos os cidadãos terão o direito de defender as suas causas quer verbalmente, quer por escrito”; e “O júri funcionará nas causas-crimes; a instrução será feita publicamente e terá a notoriedade que for determinada.”²⁸⁷

Além disso somente podia ser eleitor aquele que se inscrevesse como jurado; o voto seria individual e em voz alta, e o resultado seria por maioria (o que difere da Inglaterra que teria de ser unânime)²⁸⁸.

Pinto Rocha, já em 1919, ensinava:

O Jury inglez tornou-se o alvo de todos os olhares, dos philosophos, publicistas e magistrados da França: a revolução, pois adotou o modelo inglez, como já havia adoptado das colônias inglezas da America do Norte a declaração dos direitos do homem. E a Assembleia Constituinte, que tinha a realizar uma revolução mais social

²⁸⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 321

²⁸⁶ Na França, em virtude da Revolução Francesa, a justiça foi totalmente remodelada e o júri criminal foi consagrado como instituição judiciária. Além disso, embora tenha orientado pelo modelo inglês, a França conferiu ao tribunal do júri caráter eminentemente político, decorrente de variações experimentadas com a Revolução Francesa. (AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. *A função garantidora da pronúncia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004. p. 3)

²⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 30

²⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ainda do que política, que, devendo formular e proclamar os grandes princípios reguladores da sociedade nova, tinha, além d'isso, de os pôr em pratica pela legislação dos direitos do homem, adoptara os princípios de direito criminal que ainda hoje são reconhecidos como fundamentaes; pela adopção do Jury inglez pretendeu completar a sua grande obra de reforma. A Assembléa Constituinte, porém, imprimiu ao Jury um caracteristico essencialmente politico e que foi a causa de todas as modificações que experimentou depois da commoção politica.²⁸⁹

A Revolução Francesa foi um marco mundial de luta pela liberdade, pela igualdade e pela fraternidade, mas foi necessário, de alguma forma, limitar o poder jurisdicional. Isso explica o porquê após a adoção do procedimento do tribunal do júri pela França, praticamente todos os países do mundo que adotaram a tradição *Civil Law* seguiram essa tendência e passaram também a aderir a essa modalidade de tribunal - Mossin esclarece que à época apenas a Holanda e a Dinamarca não adotaram essa instituição.²⁹⁰

Surgem assim dois sistemas de Júris que passam a ser adotados nos países, concomitantemente, o sistema britânico e o sistema francês. Nota-se que ambos os sistemas pretendem conter o poder absoluto do soberano, mas eles institucionalizam o júri sobre perspectivas diferentes, sendo demonstrado no modelo Francês, de maneira muito mais acentuada, o caráter político que se deseja inculcar ao instituto.

No sistema britânico os jurados têm o poder de decisão de fato e de direito, respondem se o acusado é culpado ou inocente; e no sistema francês os jurados têm apenas o poder de decisão de fato²⁹¹ através das respostas aos quesitos, e o juiz togado decide o direito aplicando a pena dentro do disposto em lei e daquilo que foi respondido pelos jurados na quesitação²⁹².

²⁸⁹ ROCHA; Arthur Pinto. *O Jury e a sua evolução*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Leite & Ribeiro. 1919. p. 76-77

²⁹⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. São Paulo: Atlas, 1999.

²⁹¹ Criticado por ser impossível conseguir separar-se totalmente o julgamento de fato e de direito.

²⁹² Hoje no mundo ainda existe o tribunal escabinado, onde os juizes leigos decidem em conjunto com juizes togados, sendo que esse modelo é adotado no Brasil na Justiça Militar. "Trata-se de uma modificação na estrutura do órgão colegiado, que passa a ser composto por juizes de carreira e 'leigos', que decidem conjuntamente. Os Jurados leigos constituem um obstáculo à rotina judiciária, pois podem aportar regras de experiências que ventilam o mecânico ato de julgar. Por outro lado, mais significativa é a influência do Juiz-técnico sobre o leigo, ao prestar-lhe assessoramento jurídico qualificado e uma dilatada experiência na atividade jurisdicional, requisitos indispensáveis para o bom funcionamento da moderna administração da justiça." (LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Direito Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005. p.152) "No escabinado, há como no Júri, o recrutamento popular, o sorteio e até a divisão do julgamento. Mas enquanto naquele a responsabilidade do réu é examinada e decidida, em conjunto, pelos juizes leigos e juizes profissionais, no último só o elemento popular decide sobre a existência e autoria do crime." (MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller. 1997, p. 33)

Álvaro Aquino²⁹³ sustenta que:

Há dois sistemas predominantes sobre o Tribunal do júri : o sistema britânico, no qual os jurados decidem de fato e de direito, respondendo a um único quesito para declarar se o réu é culpado ou inocente, e o sistema francês, pelo qual os jurados só decidem de fato, cabendo ao Juiz togado, Presidente do Tribunal do júri , proferir a decisão de direito, face às respostas dadas pelos quesitos formulados aos jurados.

Essa diferenciação de procedimentos é sensível e se dá porque as tradições jurídicas são bastante distintas entre si, seja na sua maneira de desenvolvimento, nas fontes que usam para a aplicação do direito, seja na formação de seus aplicadores do direito, Cria algumas particularidades em cada uma delas e justifica o estudo dessas especificidades, para, a partir daí, refletir sobre a consonância do tribunal do júri no ordenamento jurídico da matriz *Civil Law*.

Uma das diferenças entre as tradições é que a matriz teórica da *Common Law*, durante o princípio de seu desdobramento, preocupa-se em demasia com a ordem processual, e existe todo tipo de regramento jurídico para determinar as fases do processo, até mesmo das provas que poderiam ou não – e se pudessem, como seriam - ser produzidas em juízo. Já o sistema *Civil Law*, preocupa-se mais com o direito material e deseja construir um sistema que, ao ser codificado, traga todos os elementos necessários para uma correta aplicação do direito.

Nessa ânsia por codificar as normas jurídicas é que o direito penal começa a se desenvolver dentro de uma perspectiva dogmática, para tentar delinear os conceitos e princípios a seres aplicados. Com isso surge a utilização uma linguagem própria, com significados cifrados, alcançável apenas aos “letrados” na glossologia. E isso vai ao encontro até mesmo da forma como o direito é desenvolvido nos países de tradição da *Civil Law*, uma vez que, nesses, as universidades sempre tiveram papel primordial na formação dos aplicadores do direito e dos burocratas, desde o estudo do direito romano pelas

²⁹³ AQUINO, Alvaro Antônio Sagulo Borges de. *A função garantidora da pronúncia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 11-12

universidades no século XI²⁹⁴, com os glosadores²⁹⁵ tentando encontrar o direito mais puro e legítimo retirado dos Códigos de Justiniano, e com os comentadores que procuravam fundamentar nesse direito romano até mesmo o direito costumeiro, sempre diligenciando para obter conceitos jurídicos universais. Igualmente, nessa tradição, a doutrina sempre foi essencial como fonte de suprir as lacunas eventualmente deixadas pela legislação, e para explicar os conceitos dogmáticos com que a própria legislação trabalha²⁹⁶. Acerca dessa formação dogmática Vera Andrade explica:

No universo teórico assistimos, pois, especialmente na Itália do final do século XIX à convivência, (aparentemente) contraditória, entre um modelo jusracionalista, liberalmente inspirado de Ciência Penal e um modelo criminológico-positivista, de inspiração social. A Escola Clássica, porque condicionada pelo jusracionalismo estava ainda distante das exigências que o paradigma dogmático impôs no Direito privado e iria impor no Direito Penal. Mas, por empenhar-se na construção jurídica (embora com fundamentos extrajurídicos) dos limites do poder punitivo em face da liberdade individual, constitui a herança mais próxima em cuja linha sucessória, enraizada no Iluminismo, o paradigma dogmático virá a se consolidar.²⁹⁷

Ainda sobre a nascente dogmática jurídica Bitencourt assevera:

²⁹⁴ “A ciência (europeia) do direito propriamente dita nasce em Bolonha no século XI (cf. Wieacker, 1967:46). Com um caráter novo, mas sem abandonar o pensamento prudencial dos romanos, ela introduz uma nota diferente no pensamento jurídico: sua dogmaticidade. O pensamento dogmático, em sentido estrito, pode ser localizado, em suas origens, nesse período. Seu desenvolvimento foi possível graças a uma resenha crítica dos digestos justianeus, a *Littera Boloniensis*, os quais foram transformados em textos escolares do ensino da universidade”. (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 39)

²⁹⁵ Para melhor compreensão: “Aceitos como base indiscutível do direito, tais textos forma submetidos a uma técnica de análise que provinha das técnicas explicativas usadas em aula, sobretudo no *trivium* – Gramática, Retórica e Dialética, caracterizando-se pela glosa gramatical e filológica, donde a expressão *glosadores*, atribuída aos juristas de então. Em sua explicação, o jurista cuidava de uma harmonização entre todos eles, desenvolvendo uma atividade eminentemente exegética que se fazia necessária porque os textos nem sempre concordavam, dando lugar às *contrarietates*, as quais, por sua vez, levantavam as *dubitaciones*, conduzindo o jurista à sua discussão, *controversia*, *dissentio*, *ambiguitas*, ao cabo da qual se chegava a uma *solutio*. A *solutio* era obtida quando se atingia, finalmente, uma concordância. Seus meios eram os instrumentos retóricos para evitar-se incompatibilidade, isto é, a divisão do objeto no tempo e no espaço, a hierarquização dos textos conforme o esquema escolástico da tese, da antítese e da *solutio*.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 39)

²⁹⁶ “Esgotada a utopia de juízes eleitos e leigos, que aplicam códigos tão claros que dispensam o conhecimento jurídicos especiais, característica da primeira etapa daquela revolução. (...) Esses juízes europeus e seus tribunais superiores precisavam de um sistema classificatório, que lhes permitissem ordenar os critérios recebidos de seus superiores e ordenadamente enunciar os seus próprios critérios. (...)” (ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 165)

²⁹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018. p. 148

A missão da nascente dogmática penal consistia na exegese e sistematização do Direito positivo por meio do método indutivo: “trata-se de deduzir da lei a solução aplicável ao caso mediante a ‘construção jurídica’, isto é, através da abstração progressiva dos conceitos específicos aos mais graves”. Existia, nesse sentido, um ponto de encontro entre as diferentes correntes positivistas: o método indutivo, causal explicativo, aplicado para a elaboração dos conceitos.²⁹⁸

Essa dogmática jurídica hoje “não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente, atente ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto.”²⁹⁹

Esse modelo dogmático tem reflexo até mesmo na necessidade do estudo do direito nas universidades. Nos países que adotam a tradição *Common Law*, como por exemplo, a Inglaterra, os cursos jurídicos nas universidades só foram introduzidos a partir do século XVIII, em Oxford.³⁰⁰ O ensino do direito através das universidades nunca foi, e até hoje não o é, requisito para a atuação jurídica. O ensino da prática jurídica é feito através da observação e acompanhamento dos casos concretos no tribunal orientados por advogados, sendo que a doutrina não tem quase nenhuma influência prática. Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar sustentam:

Na Grã-Bretanha, o saber acadêmico tem reduzida influência sobre o exercício do poder das agências jurídicas. (...) devido a essa dinâmica do poder, o sistema do saber penal inglês com êxito político possui características rudimentares, de vez que, baseado na prática jurisprudencial, não admite o exercício de um poder acadêmico forte, tendo em vista que os juízes são mais adestrados nos escritórios de advocacia do que nas universidades.³⁰¹

Consequência clara dessa diferença, de como o direito se desenvolveu nas matrizes teóricas distintas, é que os cursos de direito na Inglaterra somente foram criados no século XVIII, e mesmo com a chegada das universidades os grandes juristas não eram saídos da universidade e sim grandes práticos do direito, e a forma de estudo é totalmente diferente até mesmo por causa do funcionamento do sistema jurídico e das fontes utilizadas no direito. Se na

²⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 97

²⁹⁹ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004. p. 365.

³⁰⁰ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 307

³⁰¹ ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 167

tradição da *Civil Law* a doutrina tem uma participação como fonte do direito para suprir lacunas ou clarear conceitos, na tradição *Common Law*, sequer é considerada fonte de direito, e seu papel é bastante secundário.

David René³⁰² sustenta que os países de tradição da *Common Law* têm grande predominância na preocupação da forma dos procedimentos, e é certo que o litígio é regido por fórmulas rígidas de processo.

O mais importante não foi, na Inglaterra, até o século XIX, determinar que solução, considerada justa, seria dada aos litígios. *Remedies precede rights*. Toda a atenção dos juristas, concentrou-se, durante muito tempo, sobre os variados processos, muitos formalistas, que correspondiam aos diferentes *writs*. Esses processos tinham uma única finalidade: formular as questões de fato que seriam submetidas ao júri. Deve-se lembrar que ainda em 1856 todas as ações levadas aos tribunais da *Common Law* implicaram na presença de um júri; os outros processos, mais arcaicos, onde não havia júri, haviam sido abandonados. **O desenvolvimento do direito inglês foi profundamente marcado pela preeminência das considerações referentes ao processo.** (sem grifo no original)³⁰³

No Brasil, que adota a tradição da *Civil Law*, há uma legislação prolixa que estabelece conceitos de direito material (e também formal), sendo necessária a especialização dentro da dogmática jurídica, para se conseguir interpretar corretamente o que essa legislação pretende regulamentar. Isso explica a necessidade de o operador do direito ter que ser formado em um curso de Direito, com duração de 5 anos, de modo que ele deve aprender a manejar essa gramática própria criada para que se consigam identificar as categorias das tipificações.

No campo do Direito Penal, a legislação brasileira traça uma série de categorias que devem ser manejadas para conseguir subsumir o caso concreto nos tipos constantes na legislação e traz, pelo Código Penal e pelas legislações

³⁰² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993.

³⁰³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993. p. 291. Neste sentido também “O sistema de writs foi fundamental para a gênese do Common Law. Ele influenciou todo o direito inglês posterior, até os dias de hoje. Com base em formas de ação específicas, os juízes do rei construíram, nos séculos XII e XIII, um conjunto de regras capazes de resolver as controvérsias civis e de punir os ilícitos civis e penais. O processo era rigidamente formalizado, não apenas no sentido de ser necessário que os litigantes indicassem taxativamente, desde o primeiro momento, sob pena de derrota na causa, o writ ao qual pretendiam recorrer, mas também porque o processo – particularmente no que se refere à prova – não era o mesmo para os diversos writs: só alguns writs permitiam, por exemplo, a prova do júri, em vez da prova dos jurados ou do duelo judiciário. Além disso, as competências dos Tribunais não eram as mesmas, pois alguns writs podiam ser apresentados apenas diante de um dos Tribunais régios e não diante de outros. Também as medidas punitivas variavam e eram específicas dos diversos writs. De todo modo, não era possível agir à revelia dos writs reconhecidos e admitidos.” (SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 154)

penais, categorias com significados próprios, distintos do significado ordinário do vocábulo.

Assim também o é, em regra, no campo do Processo Penal brasileiro, em que o legislador disciplina toda a regulamentação processual, sendo necessário ao operador do direito dominar os conceitos e classes. Contudo, com o instituto do tribunal do júri essa abrangência da dogmática jurídica não é aplicada a todos os atores do julgamento, só incidindo ao juiz togado, promotor e defensor e não alcança os jurados do conselho de sentença.

Os jurados, aqueles que irão decidir verdadeiramente sobre veredicto a ser aplicado ao réu, não precisam ser pessoas com o conhecimento jurídico e podem decidir com base no bom senso (*equity*), naquilo em que eles acreditam, em suas convicções pessoais. Esses jurados, que não são versados na dogmática jurídica penal, terão que aplicar ao caso concreto uma legislação da qual, por vezes, não compreendem o correto significado jurídico das palavras.

Embora o júri permaneça cercado pelo discurso legitimador de ser uma instituição democrática, no ordenamento jurídico brasileiro falta conhecimento da dogmática jurídica, para que o jurado possa exercer o seu papel de julgador com todo o conhecimento necessário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa pretendia responder ao problema encontrado relativo à aparente incompatibilidade do tribunal do júri com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se a hipótese de que isso ocorria tendo em vista a matriz teórica seguida no país que é de tradição *Civil Law*, enquanto o júri, por ser originário da Inglaterra, se coadunava mais com o sistema de tradição *Common Law*.

Não se objetivou em nenhum momento discutir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do instituto do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, nem tampouco encontrar uma solução jurídica para a possível incompatibilidade encontrada, apenas se objetivou confirmar ou não a hipótese trazida para o problema levantado.

Desta forma, para se responder a essa pergunta e confirmar ou não a hipótese, optou-se por construir um trabalho dividido em três capítulos, utilizando-se para essa construção a pesquisa bibliográfica de autores de renome, porém sem utilizar um único marco teórico específico.

Pretendeu-se traçar uma linha de historicidade da construção do pensamento jurídico na Europa com ênfase nas tradições *Civil Law* e *Common Law*. Embora haja outras tradições, apenas as duas mencionadas foram abordadas no trabalho por possuírem maior influência no direito nacional.

Ato contínuo, trabalhou-se com o tribunal do júri especificamente, ao pretender traçar sua trajetória no ordenamento jurídico brasileiro e demonstrar como foi sua introdução e manutenção no direito processual penal pátrio, especificou-se seu procedimento em 1822, passando por todas as reformas (que, conforme demonstrado, não foram de grande monta) até seu atual disciplinamento infraconstitucional.

Por fim, averiguou-se a respeito do desenvolvimento da dogmática jurídica penal, que delimita o campo de atuação da ciência penal, e por isso cria um compêndio de regras e conceitos determinados, o qual necessita de um estudo específico para sua compreensão, sua influência nas fontes do direito da *Civil Law*. Além disso, foi importante analisar como as fontes do direito das matrizes teóricas trabalhadas são empregadas no direito de cada uma delas.

Deste modo, foi possível averiguar que, em razão de todas características que diferenciam as tradições jurídicas, seja a forma de estudo do direito, a forma de criação das normas, as fontes aplicadas pelos operadores do direito, o instituto do Tribunal do Júri pode ter se coadunado com o ordenamento jurídico de uma tradição *Civil Law*, quando ele foi introduzido pela primeira vez no ordenamento jurídico. Contudo, o direito não é estanque, ele é mutável, evolutivo, ele se amplia e se contrai, pois é um reflexo da sua sociedade e de seu tempo. Desta maneira, com a adoção e desenvolvimento da dogmática jurídica penal, transparece que o Tribunal do Júri, da maneira com que ele está disciplinado no Código de Processo Penal Brasileiro, não se adequa à tradição jurídica adotada no Brasil.

Hoje no Brasil, para ser um operador do direito é necessário cursar uma faculdade que ensina matérias, em sua maioria, meramente dogmáticas na preparação do estudante para poder prestar um exame, seja da Ordem dos Advogados do Brasil – que aliás tem grande índice de reprovação dada a sua dificuldade - se ele desejar ser um advogado, ou da Magistratura se desejar ser juiz, e assim com cada profissão do meio jurídico. Por isso, nos cinco anos da universidade, o acadêmico é preparado para decifrar os códigos com todas as suas idiosincrasias.

Ao operador do direito é apresentado esse conteúdo dogmático, como o conceito de delito, dividido em categorias que necessitam ser conhecidas para possibilitar o julgamento de um fato concreto a ser enquadrado como crime, bem como para que se compreenda se existe alguma excludente legal que possa ser aplicada ao caso concreto, ou se alegada, em plenário, não estar prevista em lei e, por isso, como consta no ordenamento jurídico brasileiro, não deve ser admitida.

Entretanto, no Tribunal do Júri como está positivado, a decisão caberá a sete jurados, que podem ou não ter capacidade de compreender o que os signos do direito demonstram, deixando-se a “sorte do réu” na decisão de pessoas, que sequer precisam fundamentar suas decisões, e podem ser convencidas não pelas provas, mas sim pela interpretação dos atores processuais. E é aqui que se encontra a grande dificuldade da compatibilidade do Tribunal do Júri em um país que adota a tradição da matriz *Civil Law*, uma vez que ao jurado não foi

ensinada a arte de decifrar as categorias que a dogmática coloca como indispensáveis para a caracterização do delito.

Destarte, considera-se que a hipótese trazida ao questionamento inicial foi confirmada, entendendo-se que, embora ao tempo do ingresso do instituto do tribunal do júri no ordenamento jurídico nacional, o mesmo pode ter sido compatível com o sistema jurídico, contudo, com a adoção da codificação e da ingerência da dogmática jurídico penal no ordenamento jurídico, ele passa a não mais se coadunar com o ordenamento jurídico de tradição *Civil Law* e permanece com sua previsão constitucional e regulamentação infraconstitucional meramente por causa de seu discurso legitimador, sem ao menos ter sido objeto de grandes debates à época das discussões constitucionais nas comissões em 1987-1988.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMÊNDOLA NETO, Vicente. *História e Evolução do Direito Penal no Brasil*. Campinas. Editora Komedi. 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1994. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397?show=full>. Acesso em 26 nov. 2018.

AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. *A função garantidora da pronúncia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Editora Revan: Rio de Janeiro. 2002.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Processual Penal*. vol. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014.

BRASIL. *Decreto de 22 de julho de 1822*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim-18-7-1822.htm. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 15 de jan de 2018.

BRASIL. *Lei de 20 de setembro de 1830*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html. Acesso em: 18 jan de 2018.

BRASIL, *Código de Processo Criminal do Império*, 29 de novembro de 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 18 jan 2018.

BRASIL, *Lei 261*, 3 de dezembro de 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

BRASIL, *Regulamento 120*, 31 janeiro 1842. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm. Acesso em: 3 fev 2018.

BRASIL, *Decreto 562*, de 2 julho 1850. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-562-2-julho-1850-559720-publicacaooriginal-82069-pl.html>. Acesso em: 03 fev 2018.

BRASIL, *Lei nº 2.033*, de 20 de setembro de 1871. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em: 03 fev 2018.

BRASIL, *Decreto nº 2.523*, de 26 de agosto de 1874. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2523-26-agosto-1874-550007-publicacaooriginal-65613-pl.html>. Acesso em: 18 jan 2018.

BRASIL, *Decreto 848*, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 abr 2018.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 15 de jan. 2018.

BRASIL. *Decreto 3084*, de 5 de novembro de 1898. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=399352&id=14439955&idBinario=15685152&mime=application/rtf>. Acesso em: 30 abr 2018.

BRASIL, *Decreto 4.780*, de 27 de dezembro de 1923. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>. Acesso em: 03 fev 2018.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

BRASIL. *Decreto-lei 167*, de 5 de janeiro de 1938. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm. Acesso em: 30 abr 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 abr 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

BRASIL. *Lei 263*, de 23 de fevereiro de 1948. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L263.htm. Acesso em: 30 abr 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional n 1 de 1969*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

BRASIL. *Lei 5.941*, de 22 de novembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/l5941.htm. Acesso: 30 abr 2018.

BRASIL. *Lei 6416*, de 24 de maio de 1977. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6416-24-maio-1977-366407-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 abr 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

BRASIL. *Lei 9.113*, de 16 de outubro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9113.htm. Acesso em: 30 abr 2018.

BRASIL. *Lei 11.689*, de 9 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm. Acesso em: 15 jan 2018.

BRASIL, *Lei 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 29 abr 2018.

BRASIL, *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689 Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689%20Compilado.htm). Acesso em: 29 abr 2018.

BRASIL, Decreto Lei 3.689. *Código de processo penal*. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 fev 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Súmula 603*, ano 1984. Disponível em: <http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=603>. Acesso em: 03 fev 2018.

BRASIL, Decreto-lei nº 4.657, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, de 4 de setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. *IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/474>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Carta Magna. 1215. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html> . Acesso em: 01 mai 2018.

CARVALHO, Iana Karine Cordeiro de. *Do tribunal do júri Luso Brasileiro*. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=BP6yDAAAQBAJ&hl=pt-BR&printsec=frontcover&pg=GBS.PA31>). Acesso em: 25 jan 2018. (e-book).

CARVALHO, Salo de. *Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial*. Revista da Faculdade de Direito UFPR. v. 42 n 0. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183/3898>. Acesso em 15 dez. 2018

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1993.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. 3a ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá. 2011. p.36.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América. 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Direito Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas Considerações sob a Ótica do Novo CPC*. Revista da AGU. 2012. p. 253. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376>. Acesso em 17 dez. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes No Brasil*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em 10 dez. 2018.

MARQUES, José Frederico. *O Juri e sua nova regulamentação legal*. São Paulo: Saraiva. 1948.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller. 1997.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law. Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. São Paulo: Atlas. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Tribunal do júri Popular na Ordem Jurídica Constitucional*. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora. 2003.

PITTA, Rafael Gomiero; FACHIN, Jéssica Amanda. *Common Law: Origem, Características, Fontes e Precedente Judicial Obrigatório*. In *Função Política do Processo*. 2017. p. 67. Disponível em <http://siacrid.com.br/repositorio/2017/funcao-politica-do-processo.pdf#page=59>. Acesso em: 10 dez. 2018.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos de julgamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 1973.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos de julgamento: questionários*. 10 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>. Acesso em 15 nov 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do Direito privada e da codificação*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

ROCHA; Arthur Pinto. *O Jury e a sua evolução*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Leite & Ribeiro. 1919.

SCHIOPPA, Antonio Padua. *História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2014.

SILVA, De Plácido e; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. *Vocabulário Jurídico conciso*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

STRENGER, Irineu. *Da dogmática jurídica: contribuição do conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro*. 2a ed. rev. e aum. São Paulo: LTr. 2000.

TARDELLI, Roberto. *Tribunal do júri : a arte de julgar o próximo*. Niterói: Nahgash. 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Romar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2011.

TREIN, Thales Nilo. *Júri, as linguagens praticadas no plenário*. Rio de Janeiro: Aide. 1996.

TRIBUZI, Flávio Azevedo. *O Tribunal do júri ao Alcance de Todos*. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas. 1992.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri : contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense. 1991.

TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri : origem, evolução, características e perspectivas*. In: TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri : Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas. 2007.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2004.