

## TRIBUNAL DO JÚRI - AMPLA DEFESA DIFERENTE DE PLENITUDE DE DEFESA – NOVIDADE DE TESE NA TRÉPLICA – POSSIBILIDADE

Roger Paulo Giaretta de Almeida<sup>1</sup>

### Resumo

Este artigo visa provocar na comunidade jurídica reflexão e discussão, sem obviamente esgotá-las, concernente à concretização do princípio da plenitude de defesa em sua máxima efetividade, isto é, quando em desenvolvimento pleno no tribunal do júri, no caso, por princípio, mandamento e permissivo constitucional, o qual reclama, também por exceção constitucional, aplicação imediata e substancial, diferenciando-o, sobremaneira, e no particular, dos princípios da ampla defesa e contraditório, assegurados a todos os litigantes e acusados em geral, em processo judicial ou administrativo, devendo estes em face daquele sofrerem ponderação, notadamente em vista do bem jurídico tutelado naquele tribunal, ou seja, a liberdade, em contraposição ao devido processo legal, expressão de máxima efetividade dos dois últimos.

**Palavras-Chave:** Plenitude de defesa; Fundamentalidade; Aplicabilidade Imediata; Concretização.

## THE JURY TRIAL: BROAD DEFENCE OF DIFFERENT FULLNESS OF DEFENCE - NEW THESIS IN ITS REJOINDER - POSSIBILITY

### Abstract

This article seeks to provoke in the legal community thought and discussion, obviously without depleting them, concerning the implementation of the principle of full defense at its maximum effectiveness, ie, when in full development in jury trial in the case, for principle, command and permissive Constitution, which calls also for constitutional exception, immediate and substantial implementation, differentiating it, exceedingly, and in particular, the principles of defense and contradictory, assured to all litigants and defendants generally in judicial or administrative proceedings and they should suffer in the face of that weight, especially in view of that court and legal ward, or freedom, as opposed to due process, expression of maximum effectiveness of the two last.

**Keywords:** Full defense; Fundamentality; Immediate applicability; Achievement.

<sup>1</sup>Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru); Especialista em Direito Processual pela AEMS/MS; Professor de Direito Penal, Processo Penal e Filosofia do Direito pelas Faculdades Integradas de Três Lagoas/MS; Advogado. E-mail de contato: ropgiaretta@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

O tema em comento não é daqueles em relação ao qual repousa remansosas posições doutrinárias e jurisprudenciais, ao contrário, existe, sem o menor resquício de dúvidas, verdadeiro dissenso sobre o assunto, notadamente nos tribunais inferiores, em especial por ausência de *uniformização* de jurisprudência por parte dos Tribunais Superiores.

Nesse diapasão, de rigor a propositura à comunidade jurídica elucubre sobre esta relevante questão, aprofundando-a, dado a *fundamentalidade* do bem envolvido (liberdade) e de seu interesse prático-profissional (nulidades), sem prejuízo do teórico-científico (doutrina e jurisprudência), e, ainda, por este trabalho, de se ter a audácia de esgotá-la, notadamente no que tange à concretização constitucional do princípio da *plenitude de defesa*, visto este em sua máxima efetividade, isto é, quando dos debates no plenário do tribunal do júri, em sede de *tréplica*, em agudo exercício e pleno desenvolvimento, reclamando, assim, inexoravelmente, aplicação imediata e substancial, por princípio, mandamento e permissivo constitucional, notadamente em face de *tese nova*, diferenciando-se, assim, sobremaneira, neste particular, dos princípios do *contraditório e ampla defesa*, assegurados a todos os litigantes e acusados *em geral*, em processo judicial ou administrativo, devendo estes princípios em face daquele sofrerem ponderação, notadamente em vista do bem jurídico tutelado no sobredito tribunal, deveras ameaçado, por grave imputação de crime doloso contra a vida, diga-se de passagem, *hediondo*, isso em contraposição ao devido processo legal, expressão de máxima efetividade dos dois últimos.

## PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PONDERAÇÃO DE DIREITOS

Nesta linha, assevera Rothenburg (2013, p. 33), citando Robert Alexy, que:

[...] quando princípios colidem, *um deles tem que ceder ante o outro*. Porém isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que no princípio afastado tenha que se introduzir uma cláusula de exceção. *O que sucede, mais exatamente, é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro*. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. É isto o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, *os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso*. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar para além da dimensão da validade, na dimensão do *peso*” (*ausência de itálicos no original*).

Segundo o mesmo autor (*op. cit.* p. 33-35) a colisão de princípios é ilustrada com situações enfrentadas pelo Tribunal Constitucional da Alemanha. Uma, a respeito da admissibilidade da realização de audiência de um acusado que corria o risco de sofrer um infarto:

Entendeu-se que se tratava de uma questão de “ponderação de interesses opostos” (“o dever do estado de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal e o interesse do acusado na

salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos, a cuja proteção o Estado está igualmente obrigado pela Lei fundamental”), para saber-se qual deles, sendo “*ambos abstratamente do mesmo grau, possui maior peso no caso concreto*”: Tomados em si mesmos, os dois princípios conduzem a uma contradição. Porém, isto significa que cada um deles limita a possibilidade de cumprimento do outro. Esta situação não é solucionada declarando que um dos dois princípios não é válido e eliminando-o do sistema jurídico. Tampouco é solucionada introduzindo uma exceção em um dos princípios, de forma tal que em todos os casos futuros este princípio tenha que ser considerado como uma regra satisfeita ou não. A solução da colisão consiste mais exatamente em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente (*ausência de itálicos no original*).

A decisão foi no seguinte sentido:

Se existe o perigo concreto, manifesto, de que o acusado, no caso de realizar-se a audiência oral, perca a sua vida ou experimente graves danos à sua saúde, então a continuação do processo *lesiona-o em seu direito fundamental* do artigo 2º, parágrafo 2º, frase I, da Lei Fundamental (*ausência de itálicos no original*).

Portanto, uma dada situação, continua o douto Professor (*op. cit.* p. 35), cuja tese suscita a incidência de mais de um princípio, pode desafiar a aplicação de apenas um (o preponderante, mais importante no caso), determinando o afastamento somente circunstancial dos demais:

[...] (o princípio) Introduce uma razão a arguir em determinada direção, porém não implica uma decisão concreta a ser necessariamente tomada; mas pode haver outros princípios (ou diretrizes) apontando a direção oposta, de modo que, em determinado caso, aquele mesmo princípio *não prospere*. Isso não significa, no entanto, que esse mesmo princípio não seja próprio do Direito de que se cuida, até porque, em outro caso, seguinte – e até mesmo diante de outro princípio (ou diretriz), adito -, ele poderá ser *decisivo* (Grau 1990:110, reportando-se ao pensamento de Dworkin) (*ausência de itálicos no original*).

Tal método de ponderação deve ser alcançado, outrossim, no tribunal do júri, vez que ao contrário do que os franceses revolucionários idealizaram, sabidamente o ordenamento jurídico não é possuidor da referida completude, necessitando sim de interpretação, tendo em vista a sua máxima efetividade, notadamente em sede de *tréplica* (momento de contraditório pleno para o réu), para admitir-se *tese nova*, ponderando-se, com efeito, *in casu*, os princípios do contraditório e ampla defesa, assegurados aos litigantes e acusados *em geral*, em processo judicial ou administrativo, em favor, no particular, e com fulcro no princípio, mandamento e permissivo constitucional da plenitude de defesa, a novidade de tese na *tréplica*, em face do direito subjetivo que tem o réu em face do Estado, cuja liberdade esteja em apreço, submetida esta ao veredicto soberano dos juízes naturais, o júri, único competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

José Afonso da Silva (2000, p. 62) leciona que:

O problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais começa com as *incertezas terminológicas*, o que dificulta ainda mais uma solução e até mesmo sua formulação científica. A

questão, aliás, não é particular da teoria do direito constitucional, mas da ciência jurídica em geral (*ausência de itálicos no original*).

## NORMAS DE EFICÁCIA PLENA OU “SELF-EXECUTING AND NOT SELF-EXECUTING”

Todavia, na lição do eminente jurista e Prof. Miguel Reale (1998, p. 105) “A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)”.

No presente trabalho, nos interessa conhecer a questão concernente à validade social da norma jurídica, isto é, sobre a sua *eficácia* ou *efetividade*.

O Direito autêntico, diz Reale (*op. cit.* p. 113):

não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz (*ausência de itálicos no original*).

Esta a posição de eficácia do tribunal do júri entre nós, uma vez que é um verdadeiro direito, como tal reconhecido e vivido pela sociedade pátria.

Para Gustavo Zagrebelsky (2005, p. 39-40), a natureza das coisas sociais pretende para si a perfeição, que anda de mãos dadas com a imutabilidade. Ambas as questões devem ser interpretadas conjuntamente:

Só o que é imperfeito muda: ou porque se corrompe ou porque se melhora. A imutabilidade deve ser garantida para o que é perfeito, a fim de preservá-lo como tal. Mas, por sua vez, a ausência de mudanças é testemunha da perfeição (*tradução nossa*).

O autor refere-se à mutabilidade das constituições e à permanente necessidade de modificação de seus textos, motivo pelo qual a história é indispensável à evolução histórica do constitucionalismo.

O princípio da proibição de retrocesso é a constitucionalização deste pensamento. A conquista social alcançada, seja por meio de uma lei, seja por meio de uma política pública, deve ser imutável, desde que perfeita para dado momento, como é o caso do júri no Brasil, que clama por efetividade em seus princípios, sendo o único a merecer tal condição, entre nós, o da plenitude de defesa, acintosamente relegado.

A abordagem deste rompimento é dada por Miguel Carbonell, no prólogo da obra *Historia y Constitución* de Zagrebelsky (2005, p.11):

Mas, como configurar concretamente estes elementos ideais que geram a futura configuração política? A resposta será variável e incompleta se não formos capazes de superar as visões tradicionais que os juristas seguem tendo sobre a constituição e sobre a ciência do direito constitucional. (...)Um sistema constitucional não é nem pode ser, na prática, somente revolução ou somente conservação, mesmo que, às vezes, os defensores de outra ótica duvidem disto. (*tradução nossa*)

Vê-se, assim, que o rompimento às visões tradicionais é condição primária para a concretização da proibição de retrocesso, notadamente em favor das decisões que contemplam o *princípio da plenitude de defesa em sede de tréplica*, diante de eventual e esporádica tese nova arguida pelo réu, haja vista que a conservação do direito será importante sempre que garantir patamares legais razoáveis em prol dos direitos fundamentais dos cidadãos, sob pena de engessamento dos anseios democráticos e constitucionais mais legítimos.

Em igual sentido se manifesta Nucci (1999, p.36), quando diz que:

Em verdade, nasceu o júri, autenticamente, na Inglaterra de 1215, como um direito fundamental, pois era uma garantia de julgamento imparcial, feito pela própria sociedade, contra o absolutismo do soberano. Espalhou-se pela Europa sob o mesmo critério, dando ares de direito individual do homem contra o abuso estatal. Chegou ao Brasil pela mesma via, tendo em vista que o colonialismo acabou impondo ao Príncipe Regente, D. Pedro, as mesmas orientações que Portugal estava vivenciando, além do que o próprio colonizador era subserviente em muitos aspectos a outra nação, no caso a Inglaterra, de modo que foi muito natural ter o júri alcançado terras brasileiras (*ausência de itálicos no original*).

Ora, como facilmente se pode perceber, o júri, historicamente, chegou ao Brasil através de Portugal, pelo colonialismo, trazido pelas influências inglesas, as quais foram “o berçário do júri”. Tal registro fica evidenciado com a Magna Carta, de 1215, de João Sem Terra.

Assim, paulatinamente, como se observa em qualquer boa síntese histórica sobre o júri no Brasil, este foi interiorizando esta forma popular de se distribuir justiça entre os pares, de tal modo que a sua supressão, ou não reconhecimento, na atualidade, implica em violência aos anseios superiores de justiça desse povo, tal como ocorreu nas décadas vivenciadas debaixo de ditadura e opressão, ambas no período militar.

Por conseguinte, por fazer intrinsecamente parte de cultura jurídica e social do povo brasileiro, o júri e seus princípios constitucionais são dotados de eficácia plena, aplicabilidade imediata e integral, nos termos do “contrato social”, conforme registros do Prof. Sahid Maluf (1995, p. 71-79), o qual espelha a vontade geral, através do Poder Constituinte Originário de 5 de outubro de 1988.

O renomado constitucionalista, José Afonso da Silva, em sua célebre e conhecida monografia sobre “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” (2000, p. 73-75), com invulgar maestria leciona:

Como acontece com quase todos os grandes temas do direito constitucional, foram a jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americanas que conceberam e elaboraram a classificação das normas constitucionais, do ponto de vista de sua aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, que os autores divulgaram, entre nós, pela tradução, respectivamente, de disposições (normas, cláusulas) auto aplicáveis ou auto-executáveis, ou aplicáveis por si mesmas, ou, ainda, bastantes em si, e disposições não auto aplicáveis, ou não auto-executáveis, ou não-executáveis por si mesmas, ou, ainda, não-bastantes em si. A distinção surgiu da verificação de que as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente desenvolvidos e aplicados pelo

legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação. São na expressão de Ruy, “largas sínteses, sumas de princípios gerais, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o substractum de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade de ação (*sem itálicos no original*).

Normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*; auto-executáveis, auto-aplicáveis, bastantes em si) são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais not *self-executing* (ou not *self-enforcing*, ou not *self-acting*; não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não-bastantes em si) são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias.

José Afonso da Silva (*op. cit.* p. 74), aludindo a Ruy Barbosa, diz que este

[...]fundado nos autores e na jurisprudência norte-americanos, difundiu a doutrina entre nós, e conceitua as normas auto-executáveis como sendo ‘as determinações, para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação’. Não auto-executáveis são as que ‘não revestem dos meios de ação essenciais aos eu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.

Segundo o sobredito autor (*op. cit.* p. 74), “Ruy Barbosa, analisando aquela doutrina (norte-americana), oferece ampla exemplificação, donde extrai hipóteses de normas constitucionais auto-aplicáveis por natureza, e seriam aquelas que consubstanciam:

- I – vedações e proibições constitucionais;
- II – os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem;
- III – as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais.

Alexandre de Moraes (2000, p. 39), outrossim, conhecido constitucionalista, ao abordar o assunto em epígrafe, assevera: “Tradicional a classificação das normas constitucionais, dada por José Afonso da Silva em relação a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada”, razão pela qual não nos reportaremos a outros autores, a despeito de suas patentes envergaduras jurídicas.

Normas constitucionais de eficácia plena, segundo Silva (*op. cit.* p. 82):

[...]incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.

Arremata José Afonso da Silva (*op. cit.* p. 83), concluindo que: “Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de *aplicabilidade direta, imediata e integral* sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica...”.

Nesse sentido o dispositivo constitucional constante de § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Assim, pois, de eficácia plena a norma do inciso XXXVIII do art. 5º da CF/88, que trata da instituição do júri. Daí ter dito o inigualável e emérito Ruy Barbosa, como vimos, que as normas constitucionais que consubstanciam “*os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem*” são auto-aplicáveis por natureza, cuja aplicação imediata foi assegurada pela Constituição Republicana de 1988.

Logo, na esteira trilhada em estudo, não há negar-se eficácia plena, nem aplicabilidade imediata e integral aos princípios norteadores do tribunal do júri, pelo que assim quis o constituinte, sob pena de se fazer letras mortas da Lei Maior, em flagrante desrespeito à vontade constituinte, histórica e culturalmente enraizada.

#### NOVIDADE DE TESE NA TRÉPLICA - POSSIBILIDADE

Como sucintamente se demonstrará, a distinção entre plenitude de defesa e amplitude desta, na seara prática, não importará em “vantagens” à primeira, tendo em vista, principalmente, segundo Ada Pellegrini Grinover, Cintra e Dinamarco (1999, p. 78-79), dois princípios basilares do direito processual constitucional, quais sejam, a *igualdade das partes* e o *contraditório*, que devem ser, inarredavelmente, observados, em qualquer processo, sob pena de nulidade, mas importará sim, e, sobretudo, em “prerrogativas”, que do ponto de vista processual constitucional, são, no caso, preponderantes, tendo maior peso ou densidade normativa.

Por essa razão, à plenitude de defesa, deve seguir-se tratamento *especial*, porque assim que é visto e tratado pelo constituinte, dadas as peculiaridades que a envolve, mormente no que se refere à esfera prática de sua aplicação (nulidades).

Daí ter lecionado o consagrado jurista criminal Guilherme de Souza Nucci (*op. cit.* p. 140) que:

Não é preciso mais para fundamentar o óbvio: no tribunal popular a plenitude de defesa é característica expressiva e essencial da própria instituição. Júri sem defesa plena não é um tribunal justo e, assim não sendo, jamais será uma garantia ao homem (*sem itálicos no original*).

Destarte, não há falar-se, como adiante se observará, que a sua aplicação, em suas peculiaridades, possa trazer prejuízo à acusação, principalmente no que tange ao *princípio do contraditório*, uma vez que este, como bem escreveram os Prof<sup>es</sup> Dinamarco, Cintra e Grinover (*op. cit.* p. 57) “deve ser ele observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem”.

Ora, aspecto substancial ou material é o que se opõe ao formal, e, no julgamento pelo tribunal do júri, é, exatamente, a *plenitude de defesa*, de outra sorte, não vemos como validar, substancialmente, o contraditório, que naquele tribunal deve ser ilimitado, não a ponto de se levar ao desvario do absurdo (v.g., existem regras de limitação

temporal, vedação de juntada ou leitura de documentos novos sem manifestação da parte contrária com antecedência de 3 dias úteis etc), mas no sentido de sua *máxima efetividade*, sob pena de flagrante desprestígio ao constituinte que previu, positivando, expressamente, contra o Estado, pelo seu Poder Originário, com carga normativa histórica e cultural, essa modalidade de defesa, qual seja, a plena, sem prejuízo da ampla consignada mais adiante no texto constitucional, para os litigantes e acusados em geral.

Daí a afirmação de Nucci (*op. cit.* p. 140) de que “No plenário, certamente que está presente a ampla defesa, mais com um toque a mais: precisa ser, além de ampla, plena”.

Razão pela qual trata-se a *plenitude de defesa* da “pedra de toque em plenário”, porque *sagrada, fundamental e inafastável*.

Com efeito, sobre o caráter de fundamentalidade da defesa em plenário, José Frederico Marques (1999, p. 486), citando Trébutien lembra que “a liberdade de defesa, essencial ao Direito Criminal, constitui um princípio de direito sagrado, de cuja violação decorre insanável nulidade dos debates”.

Destarte, sobre o pátio de sua fundamentalidade, a plenitude de defesa jamais deverá ser afastada do tribunal do júri, em seu sentido material, substancial, porque *sacra*, insista-se.

Estabelecidos, inicialmente, alguns traços indispensáveis para a compreensão da matéria, passaremos a analisar a plenitude e a amplitude de defesa, primeiramente, pelo que nomearei de “plano horizontal” e, depois, pelo “vertical”.

Observa-se no plano horizontal, perfunctório, que o objeto de indagação sobre a classificação são suas origens terminológicas, ou seja, a gênese vocabular.

Logo, tem-se que *amplitude*, terminologicamente, segundo definição trazida pelos Dicionários (2001, p. 40) “Novo Aurélio. Século XXI” possui os seguintes significados:

**amplitude.** [Do lat. *amplitudine*.] S. f. **1.** V. *amplidão* (1 a 4). **2.** P. ext. Fig. Qualidade ou caráter daquilo que abrange grande amplidão; extensão: a amplitude de um salão; Médico e ensaísta, seu talento é de grande amplitude. **3.** Astr. Complemento do azimute: arco do círculo do horizonte, que vai dos pontos norte ou sul até o círculo vertical que passa por um ponto dado da esfera celeste. **4.** Estat. Numa distribuição de frequências, diferença entre os limites de uma classe; amplitude de classe. **5.** Fís. Valor máximo de uma grandeza que varia periodicamente segundo uma lei harmônica simples. **6.** Mat. Numa função harmônica simples, o coeficiente da função periódica; a metade do módulo da diferença entre as ordenadas máxima e mínima de uma função harmônica simples etc.

Necessário apontar, pelo que se extrai acima, que dos números **1 a 6**, todos eles, sem exceção, seja quando se refere à astronomia, a estatística ou à matemática, ou a qualquer outra, deixa patente a idéia de que a amplitude “tem



limite”, estabelecida, necessariamente, entre extremos, não podendo, jamais, ultrapassá-los, dada a sua limitação dimensional.

No exemplo acima, salão amplo é aquele de dimensões alongadas, ampliadas, gerando a idéia, assim, de salão confortável, espaçoso, largo, nesse sentido. Entretanto, sabe-se que é limitado por grades, muros, cortinas, paredes etc.

Da mesma forma que médico de amplo talento, é médico com muito talento, com talento demasiado, mas abalável, porque homem. Por isso que existem ações judiciais para a reparação de “erro médico”, em razão de imprudência ou negligência, e até mesmo de imperícia, como no caso de um clínico geral estiver atuando na qualidade, v.g., de *oftalmologista* ou *neurologista*, que exigem conhecimentos especializados, comprovável com a respectiva titulação.

Todavia, teologicamente, há quem creia, em especial cristãos, que o Médico dos médicos é Jesus de Nazaré (Lucas 5:31), uma vez que por ser comparado a Deus (Deus-Filho) é perfeito, absoluto, ilimitado, ou seja, *pleno de divindade, insondável, irrestrito* e, portanto, *inabalável*.

Destarte, como hialinamente salta aos olhos, especialmente dentro da compreensão lexical, não resta dúvida de que a amplitude pode ser tão grande quanto ampla ela seja, conquanto não abranja o todo: se abarcar o todo deixa de ser amplitude e passa a ser plenitude.

Quicá, ainda, seja bem tênue a linha que separa um vocábulo de outro, pelo menos até o presente momento, todavia ficarão mais cristalinos esses conceitos na medida em que se esclarecer sobre o que seja plenitude. É o que se passa a fazer.

Terminologicamente, ainda segundo definição trazida por aquele mesmo Dicionário (2001, p. 540), *plenitude* possui os seguintes significados: “**plenitude**. [Do lat. *Plenitudine*.] S. F. 1. Qualidade ou estado de pleno. Em plenitude. 2. Em plena ou máxima extensão, brilho, glória etc. 3. Cheio, repleto. 4. Completo, absoluto. 5. Perfeito, acabado.”

Daí termos dito que “amplitude de defesa pode ser tão grande quanto ampla ela seja, conquanto não abranja o todo: se abarcar ‘o todo’, a perfeição, deixa de ser ampla e passa a ser plena”.

Inobstante a riqueza do vernáculo levantado, não é demais ressaltar as lições de um consagrado dicionário jurídico “De Plácido e Silva” (1999, p. 613), no sentido de esclarecer mais e mais o que se busca, para que fique extreme de dúvida o impecável significado sobre o que seja plenitude, assim, pois, nesse sentido se pronuncia:

**plenitude**. Do latim *plenitudo*, de *plenus* (cheio). Plenitude, pois, é aquilo que se apresenta em estado de completo, por inteiro, sem faltar nada. Mais adiante, ao conceituar **pleno** diz: Do latim *plenus* (cheio, completo, inteiro), na terminologia jurídica é o adjetivo empregado em seu sentido literal, para exprimir o que vem *completo, por inteiro, total*. Mais à frente ainda, arremata: O sentido de *pleno*, opõe-se ao de *limitado* ou *restrito*, em que a coisa não se apresenta por inteiro, mas com restrições ou limitações (sem itálicos no original).

Como se infere da definição de De Plácido e Silva, amplitude é algo “limitado, restrito, que não se apresenta por inteiro”, opondo-se à plenitude de defesa que é “inteira, perfeita, irrestrita, ilimitada, total”.

Cremos restar superada, ao menos no “plano horizontal”, pelo que se demonstrou, qualquer celeuma a respeito de uma e outra terminologia.

Amplitude e plenitude de defesa, sobre o aspecto do “plano vertical”, profundo e filosófico, em que se busca penetrar o âmbito mais íntimo de sua natureza jurídica, parece merecer especial atenção.

A questão ventilada neste tópico se posiciona nas velhas raízes iluministas de divisão geral do direito, ou seja, entre Direito Natural e Direito Positivo, como bem esclarece o preclaro Sahid Maluf (*op. cit.* p. 7) onde, citando Pedro Lessa, ensina:

**Direito positivo** é o conjunto orgânico das condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, dependente da vontade humana e das garantias dadas pela força coercitiva do Estado. É o direito *escrito*, consubstanciado em leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais, tratados internacionais etc., variando no espaço e no tempo. É obra essencialmente humana, e, portanto, precária, falível e sujeita a imperfeições (*sem grifos no original*).

E aqui se chama a atenção do jurista, mormente no que tange à parte final da citação, destacada pelo grifo, uma vez que todas as espécies normativas, sem exceções, são produtos da obra humana, e, portanto, passíveis de todos os sobreditos adjetivos, quais sejam, *falíveis, precárias, limitadas, sujeitas a imperfeições*.

Acrescente-se, ainda, ao produto das mãos humanas, as más exegeses, que, não raras vezes, quero crer, propositadamente, deturpam e distorcem, egoisticamente, o Direito, levando a verdadeiros absurdos práticos, em notório descompasso com a realidade social, refletindo aquilo que o insuperável Prof<sup>o</sup> Miguel Reale (*op. cit.* p. 112) ensina com invulgar maestria:

Temos o hábito de confundir facilmente o Direito com a lei. O Direito legislado, ou seja, elaborado pelo Congresso e sancionado pelo Poder Executivo, é um Direito de tal natureza que a muitos parece ser-lhe bastante o requisito da vigência. Ocorre todavia, que os legisladores podem promulgar leis que violentam a consciência coletiva, provocando reações por parte da sociedade. Há leis que entram em choque com a tradição de um povo e que não correspondem aos seus valores primordiais. Isto não obstante, *valem*, isto é, vigem. Há casos de normas legais, que, por contrariarem as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, só logram ser cumpridas de maneira compulsória, possuindo, desse modo, validade formal, mas não *eficácia* espontânea no seio da comunidade. A sociedade deve viver o direito e como tal reconhecê-lo (*sem grifos no original*).

Sociedade que não vive o direito, nem o reconhece, é sociedade que o repele, que o rejeita, dada a sua ineficácia no plano social.

Por isso cremos que decisão que repele o direito do réu inovar em sede de tréplica é decisão arbitrária, que violenta a consciência coletiva, provocando reações por parte da sociedade, justamente porque “entram em choque com a tradição de um povo e que não correspondem aos seus valores primordiais”. Assim, só são cumpridas tais

porque compulsórias, e não porque “espontaneamente aceitas”, à margem todo conceito de justiça, servindo o Direito, pela força, como instrumento de violência e arbítrio estatal, promovendo desserviço à sociedade da qual emana e se legitima.

Nem de longe referida decisão pode ser considerada eficaz, todavia, será válida, na prática, em detrimento do réu e em flagrante desprestígio à verdadeira democracia constitucional, desse nosso ponto de vista.

Logo, direito positivo que se preze, deve ser aquele aceito e reconhecido pela sociedade, ainda que produto da obra humana, com aqueles maus atributos, quais sejam, falível, precário, imperfeito, limitado, daí poder ser revisto a qualquer tempo (controle difuso em plenário), desde que, com o ato de revisão, se alcance referida eficácia, lançando a *tese nova* na forma de quesitos, como expressão da máxima efetividade do princípio da *plenitude de defesa*.

O Estado-juiz não pode ser insensível e inservível a ponto de não reconhecer as suas mazelas, passadas e presentes, em detrimento do réu, cidadão do nação, verdadeiro titular do poder, devendo ceder, ponderando, aos anseios e princípios constitucionais, de modo a imprimir uma dinâmica de eficácia ao processo, com vistas à principiologia que permeia os textos constitucionais, que clama, latentemente, por efetividade, como produto racional da evolução humana, histórica e cultural.

Conjugados os conceitos referente aos planos horizontal e vertical, conclui-se que tal como o Direito Positivo, a *amplitude de defesa* se mostra precária, falível, sujeita a imperfeições, limitada aos meios e recursos a ela inerentes. Essa é, invariavelmente, a posição da “ampla defesa” no ordenamento jurídico pátrio. Ela pode tudo, com todas as suas forças, dê que restrita à lei, ou à constituição; entretanto, não pode o que a *plenitude de defesa* pode, mesmo que lei inexistia. O posicionamento de Nucci (*op. cit.* p. 162) a esse respeito, vai além, pois, para ele “O júri é soberano e essa foi uma decisão política do constituinte, de forma que pode decidir como lhe aprouver, ainda que *contra legem*”.

A propósito, sobre essa questão de Direito Positivo (X) Direito Natural, vale relembrar a cultura grega, que, incontestavelmente, deixou legados para além mar, alcançando quase todos os povos, línguas e nações.

Destarte, cita-se, sucintamente, o “Mito da Antígona”, de Sófocles, filha de Édipo, em que ela invoca o Direito Natural para *sepultar* o seu irmão morto, aduzindo o mito que Antígona, inconformada com o destino do irmão Polínice, morto em batalha, enquanto lutava contra o governo do tirano Creonte, morre pelas mãos de seu próprio irmão Etéocles. Enquanto Etéocles teria um funeral com todas as homenagens e luxúrias, Polínice foi condenado a não ser sepultado, sendo-lhe proferida a seguinte sentença: “que não seja dado abrigo ao cadáver dele, que ele reste insepulto, servindo suas carnes putrefatas como um objeto horrível à vista, para pasto das aves e dos cães”. Caso fossem desobedecidas as ordens de Creonte, o responsável teria a “pena de morte” decretada. Cria-se,

dessa maneira, um conflito existencial entre as irmãs, Antígona e Ismene, pois Antígona defende que *a lei dos deuses* deve prevalecer (lei do óikos – Direito Natural) e Ismene crê que *a lei dos homens* (lei da polis – Direito Positivo) pode sobrepor-se à dos deuses.

Antígona segue a sua consciência e decide enterrar o irmão, priorizando a ordem *familiar, histórica e cultural*, indo de encontro às ordens de Creonte, por isso é condenada a ser enterrada viva, mais do que havia sido prometido, em verdadeira mostras de tirania. Mas antes, lança no rosto do tirano Creonte que “nenhuma lei humana ou real poderia detê-la naquele seu ato de obediência aos desígnios bem mais profundos como aqueles que priorizam a ordem familiar e que obrigam um parente a dar sepultura a um dos seus”. Frente a esse fato, Hemôn, filho de Creonte, e noivo de Antígona, decide se suicidar na frente do túmulo da noiva. Em consequência desse ato, sua mãe Eurídice suicida-se também. Ismene, que não tivera coragem de auxiliar Antígona a enterrar o irmão, todavia a defende diante de Creonte, após a consumação do ato, arriscando-se a sofrer a mesma pena da irmã. O tirano interpelado pelos anciãos de Tebas, pelo corifeu e por Tirésias, “tenta voltar atrás em sua decisão, perdendo a pena, mas a tragédia já estava feita”.

A exegese desse mito, conduz-nos, portanto, à noção de o que se pretendia por parte daquela mulher, era, tão-somente, *sepultar* o seu querido irmão morto, haja vista sua pretensão estar tutelada pelos *estatutos sagrados*, dos deuses, em obediência aos desígnios mais transcendentais do Homem (Direito Natural).

Antígona invocou tal Direito, perante o rei, tirano, ao dizer que *nenhuma lei humana ou real poderia detê-la naquele seu ato de obediência aos desígnios bem mais profundos*, como aqueles que priorizam a ordem familiar e que obrigam um parente a dar sepultura a um dos seus; como, igualmente, aqueles que dão ao réu “o direito de inovar sua tese em tempestividade de tréplica”, em absoluta conformidade com o Direito Natural de defender-se *plenamente*, notadamente em face de grave imputação estatal, com consequências hediondas, tal como o crime sob julgamento.

O que vige em nosso ordenamento constitucional, para o júri, é o princípio da plenitude de defesa e da presunção de inocência e não o contrário, amplitude de defesa e presunção de culpabilidade.

O mito demonstra, também, como uma mulher teve a coragem de questionar a ordem do tirano, demonstrando *amor e lealdade à família*. Essa idéia também norteia o tribunal do júri, onde uma família de pessoas, periodicamente, unidas por laços fraternos de justiça e nacionalidade, em conformidade com a *lei* (Natural e Positiva), julga outras, seus pares, com mais ou menos o mesmo estilo de vida, pensar, agir, e se comportar, segundo os princípios que os orientam, quais sejam, a *plenitude de defesa*, o *sigilo das votações*, a *soberania dos veredictos* e a *competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida*. São estes princípios e não outros, e estão previstos expressamente no inciso XXXVIII do art. 5º da CF/88.

Poderíamos dizer, ainda, em acréscimo, que a *plenitude* de defesa, pelo princípio da “taxatividade” estabelecido pelo constituinte, só poderá ser *assegurado*, no caso específico do julgamento pelo tribunal do júri, e não nos demais casos, em que é assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a *ampla* defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

A própria parte final deste inciso, no que se refere à ampla defesa, deixa claro a idéia de limitação “aos meios e recursos inerentes”. Esses meios e recursos estão previstos em todo o ordenamento jurídico processual. E no que tange à plenitude de defesa? Responder-se-á adiante quando se tratar do Direito Natural vinculado à plenitude de defesa.

Vejamos agora o conceito de Direito Natural, na esteira do que se pretende alcançar, segundo o douto Sahid Maluf (*op. cit.* p. 7):

**Direito Natural** é o que emana da própria natureza, independente da vontade do homem (Cícero). É invariável no espaço e no tempo, insuscetível de variação pelas opiniões individuais ou pela vontade do Estado (Aristóteles). Ele reflete a natureza como foi criada. É anterior e superior ao Estado, portanto conceituado como de origem divina. (*sem grifos no original*)

Assim, como se deduz do texto em comento, o Direito Natural é tido como de origem divina, *perfeito, invariável, ilimitado, total, absoluto* etc.

Tal como o Direito Natural, a plenitude de defesa se mostra ilimitada, absoluta, não precária, invariável, não sujeita a imperfeições, justamente porque de origem divina, perfeita, irrestrita, portanto.

Todavia, não há como se imaginar a plenitude de defesa que não seja feita por “mãos humanas”, numa espécie de delegação transcendental, feita por Deus ao Homem, para que este, incorporando as virtudes daquele, exerça, irretocável, perfeita e plenamente a defesa.

É claro que isso só pode ser compreendido à luz do que escreveu Nucci (*op. cit.* p. 140): “... a plenitude de defesa quer significar o exercício efetivo de uma defesa irretocável, sem qualquer arranhão, calcada na perfeição – logicamente dentro da natural limitação humana” (*sem grifos no original*).

Nesse sentido, inquestionavelmente, a posição da “plenitude de defesa” no ordenamento jurídico nacional, de índole eminentemente constitucional. Ela pode tudo, com todas as suas forças, ainda que inexista lei a respeito. O que existe, e, expressamente, é a sua *autorização*, isso sim, indeclinável, e, portando, inarredável naquele tribunal, mas pendente, lamentavelmente, muitas vezes, de concretização.

E no que tange à plenitude de defesa, os meios e recursos inerentes ao seu exercício estão previstos no ordenamento jurídico processual? Como visto, a resposta é negativa. Logo, é ao prudente arbítrio do juiz natural, o

júri, e tão-somente a este, que eles devem ficar condicionados, respeitados, de qualquer forma, o seu caráter de *indispensabilidade* e de *transcendentalidade*, ficando para o presidente do tribunal a responsabilidade legal de quesitar a tese nova, a ser apreciada pelos jurados, os únicos competentes para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sob pena de nulidade do julgamento.

A propósito, nesse sentido o acórdão:

Nos debates em plenário do Júri, é lícito à defesa, no ensejo da tréplica, complementar a tese. Seja por reconhecer a falta de ressonância nos jurados quanto à linha seguida, ou à superioridade acusatória na réplica. Ou, mesmo, ocasionalmente, o surgimento de outra faceta que o desenvolvimento dos debates acaso suscite. Deve-se ter em conta que os debates tendem à conformação jurídica dos fatos com fundamento nas provas dos autos. Não há, portanto, violação ao princípio do contraditório na sustentação de nova tese na tréplica pela defesa. Ao contrário, constitui prejuízo à defesa, configurador de nulidade, o indeferimento de quesitos relativos àquela tese (TJSP – AP – Rel. Ary Belfort – RT 661/269) - *(sem grifos no original)*.

Reprisando, vale assinalar, que a plenitude de defesa está para o *Direito Natural* dada a sua característica de transcendentalidade, assim como a amplitude de defesa está para o *Direito Positivo*, dada a sua precariedade, falibilidade e generalidade.

Imaginamos, assim, ter esclarecido, sobre o “plano vertical”, percuciente, a natureza jurídica dos vocábulos em tela.

### **DATA MAXIMA VENIA: O EQUÍVOCO!**

O saudoso e já falecido jurista José Frederico Marques (1999, p. 487), em sua conhecida obra, “A Instituição do Júri”, diz:

Como direito individual de todo cidadão, a defesa é para este um direito subjetivamente ilimitado, porém limitado como expressão de poder objetivo, o que quer dizer que o indivíduo deve subordinar em geral sua capacidade real defensiva aos limites e meios arbitrados pela lei para a proteção da pessoa e tutela dos direitos *(sem grifos no original)*.

Assim, segundo o ilustre professor, se subjetivamente o direito de defesa é ilimitado, e objetivamente limitado no plano da legalidade, tem-se que a consagração, no direito objetivo constitucional, do princípio da plenitude de defesa, exclusivamente para o tribunal do júri, torna o direito de defesa objetivamente ilimitado, em razão da fusão dos dois conceitos pelo legislador constituinte, que, outrossim, *é originário e soberano*, ensinando uns, ainda, da abalizada doutrina, ser também *ilimitado*, portanto inquestionável.

Acrescente-se, que o douto mestre asseverou que o indivíduo deve subordinar “em geral...” sua capacidade real defensiva aos limites e meios arbitrados pela lei. Disse *em geral* e não “sempre”.

Ora, é em geral porque ele tratava da hipótese do § 25 do art. 41 da CF/46, atual inciso LV do art. 5º da CF/88, daí ter dito o constituinte neste inciso que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (*sem grifos no original*).

Logo, como se demonstrou, o insigne magistrado não repeliu a hipótese da *especialidade* constante do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Cidadã, correspondente ao revogado § 28 do art. 141 da CF/46 que previa, igualmente, a plenitude de defesa.

Continuando sua lição, referindo-se à Constituição de 1946, diz o sobredito professor (*op. cit.* p. 488) que:

No tocante ao Júri, quis o legislador constituinte repetir, no § 28, do art. 141, a regra genérica já exposta no § 25, para dizer que a lei ordinária, ao moldar a instituição do Júri, tem de respeitar, além do sigilo das votações e da soberania dos veredictos, a plenitude da defesa do réu (*sem grifos no original*).

Ousamos discordar do arguto mestre, apontando equívoco, uma vez que se assim não fizermos estaríamos a admitir a mortalidade das letras constitucionais e, portanto, do ordenamento Maior, em flagrante retrocesso, de maneira que tal posicionamento não pode prosperar à luz do moderno Direito Processual Constitucional.

A propósito, vale aqui o registro da nota nº 66 no livro do renomado criminalista Guilherme de Souza Nucci (1999. p. 39): “É notória a posição de Frederico Marques, que sempre foi contrário à instituição do júri, de forma que apoiou, com entusiasmo, a sua omissão no texto constitucional de 1937 (A instituição do júri e O júri no direito brasileiro)”.

Não cremos, assim, tratar-se de mera “repetição de preceito genérico já exposto”, uma vez que na Constituição de 46 o preceito especial estava firmado no § 28, e o *geral* no § 25, este antes daquele; na atual constituição o mesmo não ocorre, ao revés, o constituinte topograficamente resolveu tratar primeiramente da regra especial, por lhe parecer aos seus olhos de maior importância, dadas as peculiaridades que a informa, para só depois adentrar à regra geral, de suma importância, igualmente, mas não de tanta quanto a primeira, *especial*, máxime quando confrontadas, devendo ser ponderadas, cedendo aquela em face desta.

Tanto é verdade, no que atina à preferência do constituinte, que naquela Carta Constitucional de 1946, a “Declaração De Direitos” constava do Título IV, e os “Direitos e Garantias Individuais” constavam do Capítulo II, do mesmo Título, iniciando no art. 141.

Daquela época até os dias hodiernos muito se lutou, sangue inocente muitas vezes se derramou, por ditadura se passou, até que o constituinte de 1988, soberano, resolveu estabelecer, por sua originalidade, que a “Declaração de Direitos” não mais estaria no Título IV, mas no Título II, e que os “Direitos e Garantias Individuais” não mais figurariam no Capítulo II, mas no Capítulo I, do mesmo Título, iniciando não mais no artigo 141, ao final da Constituição, mas no art. 5º, no limiar da mesma, acentuando a importância das referidas declarações.

Trata-se de uma questão de preferência político-jurídica desse constituinte soberano, originário, que cansado de ser assolado por aqueles que a pretexto de o representarem, nunca compreenderam o que era, verdadeiramente, o sentido e alcance da expressão contida no art. 1º da CF/46 onde “Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”, atualmente expresso no parágrafo único do também art. 1º da CF/88.

Nesta esteira, de preferência à especialidade caminhou o constituinte, daí não vemos como considerar *igual* ou *mera repetição* aquilo que o legislador distinguiu, sob pena de desprestígio inadmissível ao titular do poder, o povo, em flagrante atentado aos princípios republicanos e democráticos, uma vez que cômico de seu papel político, sem vacilar, em boa hora se blindou contra o Leviatã, assegurando que em crimes dolosos contra a vida, “o povo julga o homem, de modo que a este é dado o direito de defender-se plenamente, longe das garras do Estado”.

Por estas e outras razões, insista-se, já anteriormente declinadas, é que não cremos tratar-se de “mera repetição de preceito genérico”, mas sim de preceito especial, em detrimento daquele, geral, daí o grande e hialino equívoco.

No que atina ao direito do réu inovar sua tese defensiva, há quem discorde do entendimento, com preciosos nomes em sentido contrário, como o saudoso José Frederico Marques mas que, em verdade, são bem carentes de fundamentação quando de sua sustentação, atendendo intimamente aos mais mezinhos interesses, à evidência pouco ou nada altaneiros, em que pese todas as suas envergaduras e cabedais jurídicos.

*Ad exemplum*, acórdão pronunciado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação – Júri – Não demonstrado o prejuízo, descabe anular o processo por ausência de contrariedade ao libelo – Não pode o defensor, na tréplica, inovar, apresentando tese não debatida na primeira fase, pois isto implicaria em surpresa para o Promotor de Justiça e, portanto, em cerceamento de acusação, violados os princípios do contraditório e da ampla defesa – Decisão que não contrariou, manifestamente a prova, pois tem respaldo no depoimento de testemunha presencial dos fatos – Recurso desprovido (TJSP – AP nº 300.671. - 3/0-00 - Rel. Walter Guilherme) - (sem grifos no original).

Aponta-se, ainda, alguns equívocos contidos em decisões como essas que se vê no v. acórdão sobredito, pois elas comumente deixam de fora do enfrentamento discussão relativa à violação do princípio da plenitude de defesa, especial para o júri, abarcando apenas o contraditório e a ampla defesa, gerais, daí ter concluído pelo cerceamento da acusação enquanto o que não pode e não deve ser violado, no caso, por princípio, mandamento e permissivo constitucional, é a plenitude de defesa, consagrada ao réu, prestigiando-se, assim, com efeito, o princípio fundamental que a reclama, pois não se trata de leitura de documento ou exibição de objeto (CPP, art. 479), mas tão-somente de argumentação nova, oral, sobre fatos, documentos e provas já existente nos autos, não havendo surpresa a nenhuma das partes, notadamente à acusação, já que a “vidência ministerial” deve ser quanto a hipóteses possíveis e viáveis,



fática e cientificamente sustentáveis, devendo as teses esdrúxulas ou descabidas ficarem para o julgamento subjetivo e soberano dos próprios jurados, tal como ocorre com os magistrados (CPP, art. 155), que prolatam seus silogismos em conformidade com a livre convicção motivada (CF, art. 93, IX), dada a desconfiança do titular do poder nos juízes de tradição do *civil law*, tal como nos ensina Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 49), ou, dito de outra maneira, do Parlamento no Judiciário, não lhe sendo dado o poder de julgamento que o constituinte outorgou aos jurados, que votam *soberana e competentemente* de acordo com suas consciências *sigilosas*, imotivadamente, sendo esta uma opção político-jurídica do constituinte originário.

Sustentam alguns, ainda, da mais polida doutrina, quase sempre pertencente à bancada acusatória, com exceções primorosas, que é impossível saber, com certeza, quais as teses que poderão ser alegadas pela defesa na tréplica, uma vez que esta pode aduzir algo inusitado sem que isso tenha passado pela mente do Órgão Ministerial, causando surpresa e cerceamento a acusação, em violação manifesta aos princípios do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

Nesse sentido o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A defesa pode sempre apresentar a tese que bem entenda, seja nos processos de Júri, seja nos que correm perante o juiz singular e tem o direito de falar em segundo lugar. À acusação cabe prever os argumentos que o acusado pode apresentar, pois, afinal, se trata de questão técnica e não mero exercício de imaginação (TJSP – AP – Rel. Celso Limongi – RT 696/331) - (*sem grifos no original*).

Ensina o grande tribuno Edilson Mougenot Bonfim (1994, p. 223), doutrinador e promotor militante no tribunal do júri, resistente em relação a seus pares:

acusador que se impõe respeito é aquele que se posiciona como soldado da lei em vigília e em combate, não às avessas, *dolce far niente*, sombra e água fresca, dormindo sobre o fuzil; ou em visão mais apropriada, tomando estocadas... com a espada na bainha (*itálicos no original*).

O mesmo sobredito autor (2000, p. 23), em outra obra, apresenta o que nomeia de “Decálogo do Promotor do Júri”, no que acredita ser uma “conscientização para a classe”, e, assim o faz em seu nº 7: “SÊ ALTIVO. Não se curva a alma de um tribuno, pois não se verga a honra da sociedade. Justiça se postula em pé, com dignidade. De joelhos se põem-se os que suplicam o perdão, porque erraram”.

Assim, cabe à acusação, sem qualquer violação ao princípio do contraditório, antever e desnudar, com perspicácia, quaisquer possíveis teses defensivas, abordadas previamente ou não, uma vez que a questão ventilada nos debates é de “ordem técnica e não mero exercício de imaginação”.

José Frederico Marques (*op. cit.* p. 490) leciona que “a função da tréplica não é lançar tese nova, mas contestar a réplica e o libelo e sustentar a contrariedade”.

Por outro lado, e, em contrapartida, o magistério de Júlio Fabbrini Mirabete (2003, p. 1211): “Realmente, não há qualquer impedimento expresso na lei processual que vede a alegação de teses novas na tréplica, e, como a defesa deve sempre falar por último, pode acrescentar ou reformular suas teses em sua derradeira manifestação” (*sem grifos no original*).

Na mesma esteira do posicionamento supra, o acórdão:

Os debates no Júri compreendem, além da acusação e da defesa, a réplica e a tréplica. Lícito é à defesa, na tréplica, inovar a tese sustentada anteriormente, devendo, nesse caso, o juiz formular quesito a respeito, sob pena de nulidade do julgamento (TJSP – AP – Rel. Cunha Bueno – RT 630/303) - (*sem grifos no original*).

Por derradeiro, e a revés, não se pode como se verá de desconstruir algumas equivocadas decisões ordinárias, tal como a que adiante segue:

Não pode o defensor, na tréplica, innovar, apresentando tese não debatida na primeira fase, pois isto implicaria em surpresa para o Promotor de Justiça e, portanto, em cerceamento de acusação, violados os princípios do contraditório e da ampla defesa (TJSP – AP nº 300.671. -3/0-00 - Rel. Walter Guilherme) - (*sem grifos no original*).

Decisões como essa, mais comum do que se imagina, são causadoras de estagnação ou mesmo retrocesso constitucional, na medida em que deixa de observar princípio indispensável e peculiar à instituição do júri, qual seja, a plenitude de defesa. Diz, equivocadamente, que em razão da inovação de tese, pela defesa, na tréplica, haveria surpresa para a acusação e, portanto, cerceamento dela, porque violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se estivéssemos a tratar de ampla defesa é possível que esta tivesse sido violada, no entanto, não é dela, mas sim da *plenitude de defesa*, daquele direito sagrado e inviolável, constitucionalmente assegurado, bem mais profundo e transcendental, que é o “direito constitucional do réu inovar sua tese em plenário”, visando sua liberdade, em sede de tréplica, daí porque não houve nem há qualquer violação, equivocando-se, manifestamente, nesse sentido, o v. acórdão, muito embora se revista de todo brilhantismo seu prolator.

Vê-se, assim, que no tribunal do júri, para o réu, não vigora o princípio da ampla defesa, que é, diga-se de passagem, limitada, restrita, precária e falível, mormente quando em confronto com a plenitude de defesa, ilimitada, perfeita e irrestrita, que, por ser especial naquele tribunal, pondera a outra, geral, em conformidade com o princípio constitucional da *cedência recíproca*, não havendo que se falar, no caso, de inconstitucionalidade, uma vez que ambas as defesas são eminentemente constitucionais, devendo a geral sofrer ponderação em face da especial, apenas e tão-somente no tribunal do júri, única exceção constitucional, por princípio, mandamento e permissivo constitucional, tal como a pena de morte em caso de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII, “a”).

Tal limitação e dificuldade de concretização, à evidência tradicional na linha de estagnação e retrocesso constitucionais brasileiros, só não tem sido implementada a contento, como deveria, em face da omissão dos tribunais, de modo que apenas uma Corte Constitucional poderia fazê-lo (PEC nº 275/2013), e sem maiores dificuldades, como nos informa Louis Favoreu em sua aplaudida obra *Cortes Constitucionais*, onde os revisores da tradução, Cláudia Toledo e Luiz Moreira (2004, p. 11), apontam caber:

À Corte Constitucional competente não apenas solucionar conflitos entre jurisdições e autoridades administrativas ou a constitucionalidade de tratados internacionais, mas precipuamente julgar as ofensas aos *direitos fundamentais*, direitos máximos constitucionalmente garantidos (*itálicos no original*).

Já passado da hora, não sem algumas críticas, a PEC 275/2013 da deputada federal Luiza Erundina cria a Corte Constitucional Brasileira, alterando sua composição, competência e forma de nomeação de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, alterando, ainda, a composição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tudo para a melhor salvaguarda de direitos fundamentais, o que, diga-se de passagem, nesta senda, não raras vezes, tem deixado de ocorrer, tal como aquele que possibilita ao réu lançar tese nova por ocasião da tréplica, calcado, sobretudo, no princípio constitucional da plenitude de defesa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a Constituição Imperial de 1824, vista em sua historicidade, até a Constituição Republicana de 5 de outubro de 1988, viu-se que o Júri, no Brasil, culturalmente foi se infiltrando na consciência do povo brasileiro como forma eficaz de distribuição de Justiça, numa verdadeira expressão de democracia, onde um grupo de pessoas, mediante certos requisitos, julgam outras, seus pares.

Em que pese a acentuada escassez da doutrina e jurisprudência no que concerne ao objeto do presente estudo, para espanto nosso, observamos que a *plenitude de defesa* configura, em relação à *ampla defesa*, um *plus*, um requinte, uma especialidade, dada a importância que suscita na vida prática do Direito (nulidades), em especial na seara do Júri.

A plenitude de defesa está para o *Direito Natural*, perfeito, não precário, ilimitado, irrestrito, inquestionavelmente este o seu estandarte no ordenamento jurídico nacional; enquanto que a amplitude de defesa está para o *Direito Positivo*, imperfeito, limitado, precário, restrito, eis a sua posição na ordem jurídica pátria, isto é, está limitada “aos meios e recursos a ela inerentes”.

Por essa razão, nos posicionamos no sentido de que a amplitude de defesa pode ser tão grande quanto ampla ela seja, conquanto não abranja o todo: se abarcar *o todo* deixa de ser ampla e passa a ser plena, e sob esta hipótese,

somente será possível tratar se estivermos em plenário do Júri, em sede de tréplica, com *tese nova*, única exceção, por princípio, mandamento e permissivo constitucional.

Destarte, não se pode mais confundir a similitude existente entre os 2 (dois) princípios constitucionais, quais sejam, amplitude e plenitude de defesa, seja no plano horizontal, seja no vertical, destacadamente quando concretizados em sua “distinção latente”, isto é, quando em confronto um com o outro, mormente quando se tratar de tribunal do júri, onde há acusados diferenciados, sob pena de, na confusão, cometer-se as mais aberrantes injustiças e/ou atrocidades, do ponto de vista legal e constitucional, uma vez que é a própria Lei Maior quem atribui-lhes tratamento distinto.

Nem, tampouco, confundi-los, quando aplicados em “ocasiões distintas”, onde não haja referida colisão, relativamente à lide resistida, caso em que não há falar-se em plenitude de defesa, mas tão-somente em *ampla defesa*, assegurada aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

Não há, assim, que se cogitar da violação ao princípio do *contraditório* pela concretização do princípio da plenitude de defesa, uma vez que aquele deve ser observado não apenas *formalmente*, mas, sobretudo, pelo aspecto substancial, material, por princípio, mandamento e permissivo constitucional.

Contraditório efetivo, justo, é contraditório que se reveste do manto de *substancialidade*, sem o qual não se vê razão em se manter preceituado a cláusula pétrea constante da alínea “a” do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que não passaria de letra morta, configurando-se numa espécie de “princípio-fantasma”, que existe, mas só na imaginação, longe de fazer parte da realidade dinâmica que o reclama.

Assim, pois, se no caso concreto a defesa, em sua primeira fala pleiteou a absolvição, invocando uma causa excludente de ilicitude como a legítima defesa, nada impede que em sede de *tréplica* postule, inovando sua tese, o homicídio privilegiado, reclamando do juiz presidente a atitude de fazer constar dos quesitos esta *tese nova*, quando da votação pelos jurados, sob pena de nulidade do julgamento, por inobservância *sine qua non* do princípio da plenitude de defesa intrínseco ao tribunal do júri, por decisão político-jurídica do constituinte, que assim determinou, positivando-o objetivamente.

Por derradeiro, consigne-se, sob pena de se fazer letras fúnebres de um dos mais importantes e históricos dispositivo da Constituição Federal, qual seja, o artigo 5º, que agasalha rol inafastável de garantias individuais e coletivas, em face do perene arbítrio Estatal, o qual configura verdadeiro repositório de cláusulas pétreas, dado o caráter de fundamentalidade de que se reveste, urgindo ser, assim, concretizado, vez que no particular se encontra carente de evolução, em franca estagnação, ou ainda, em alguns casos, como no tribunal do júri, com notório retrocesso.

Sem substancialidade não há efetividade, sem esta não há *plenitude*. Se não há plenitude, tampouco, concretamente, *tribunal do júri*.

O que existe, na verdade, é uma “prerrogativa” conferida ao réu, pelo Poder Constituinte Originário, que estabeleceu, para o caso de confronto, a prevalência da *plenitude* sobre a *amplitude de defesa*. E ponto.

## REFERÊNCIAS

- BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri – Do Inquérito ao Plenário**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **No Tribunal do Júri**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva, prólogo de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio Século XXI**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral Do Estado**. 23ª ed. – São Paulo: Saraiva: 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo, 2011.
- MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**, Campinas: Millennium, 1999.
- MIRABBETE, Júlio Fabbrini Mirabete. **Código de Processo Penal Interpretado**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri, princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. - 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.
- SILVA, De plácido e. **In Vocabulário Jurídico**. 15ª ed, São Paulo: Forense, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Trad. e prólogo de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005.

*Trabalho enviado em 24 de fevereiro de 2014.*

*Aprovado em 13 de março de 2014.*