

TRIBUNAL DO JÚRI. REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE NOVA TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA. O RECENTE JULGAMENTO DO HC N. 61.615/MS, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

*Carlos Alberto Garcete**

Em fevereiro deste ano, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, por maioria, e contra o parecer do Ministério Público Federal, no julgamento do HC n. 61.615/MS, fixou o entendimento de que a apresentação de nova tese defensiva, por ocasião da tréplica, não constitui ofensa ao princípio constitucional do contraditório.

Consta desse caso concreto que o tribunal de origem teria negado provimento ao recurso da defesa, afirmando que inovara na tese defensiva surgida durante a fase da tréplica, o que causou surpresa à acusação, uma vez que não tivera oportunidade de contraditório, razão por que esse tribunal manteve a decisão do juiz de primeira instância, que não teria *quesitado* a nova tese.

No STJ, a ordem de *habeas corpus* foi concedida para o fim de anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

O tema em comento merece algumas reflexões, quer seja pela relevância de seu conteúdo, quer seja pelo precedente que servirá de orientação a milhares de julgamentos por todos os quadrantes do território nacional (*leading case*).

O sistema processual, tanto no âmbito civil, quanto no âmbito criminal, segue um caminhar avante, uma progressão, o que se justifica até mesmo pela própria etimologia do termo *processo*. Por isso, ao se observar qualquer procedimento existente no ordenamento jurídico pátrio, é perceptível a evolução lógica das fases e dos atos processuais, de maneira perfeita, a culminar, em última razão, na fiel observância da cláusula constitucional do *due process of law*.

No que diz respeito ao rito (especial) do tribunal do júri, especificamente durante a sessão de julgamento, há, como cediço, a fase dos *debates orais*. Nessa etapa, o Código de Processo Penal prevê que o Ministério Público terá o tempo de 1 hora e 30 minutos para produzir a acusação, sendo que, em seguida, o defensor disporá de igual tempo para produzir a defesa. Findadas essas duas etapas, é facultado ao MP oferecer a *réplica* e à Defesa a *tréplica*, para o que disporá, cada parte, de 1 hora (de acordo com a Lei Federal n. 11.689/2008).

É de notar-se que as etapas de produção da acusação e da defesa são *imprescindíveis*, enquanto que as etapas de *réplica* e de *tréplica* dependem de

expressa manifestação das partes litigantes, ou seja, são *facultativas*. Por isso, o parágrafo quarto do art. 476 do CPP preceitua que a acusação *poderá* replicar e a defesa treplicar.

Ora, se o procedimento tem uma evolução lógico-jurídica, não há qualquer dúvida acerca das distinções antes destacadas. Com efeito, como se trata de uma ação penal, pela qual o Estado deduz a pretensão punitiva, é mister que os limites da acusação sejam apresentados e provados ao conselho de sentença, que tem a incumbência constitucional de julgar o caso submetido a julgamento, o que se faz na fase do art. 476 do Código de Processo Penal, ao passo que o réu terá igual tempo para que seu defensor possá exercitar o irrenunciável direito à plenitude de defesa (art. 476, § 3º).

Satisfeitas tais etapas, segue-se a faculdade da *réplica* — cujo vocábulo significa, de acordo com o conhecido Dicionário Aurélio, combater com argumentos, contestar, refutar, redarguir — e da *tréplica* — que, consoante o mesmo dicionário, tem a acepção de resposta a uma réplica.

Nessa ordem das coisas, o sistema afigura-se perfeito, porquanto está a observar o devido processo legal e a predita amplitude de defesa, o que faz comprovar o estágio do atual Estado Democrático de Direito e o respeito aos movimentos atuais de invocação do *garantismo*.

Depreende-se, pois, que as fases (facultativas) de *réplica* e de *tréplica* destinam-se, exclusivamente, a rebater argumentos anteriores; esclarecer questões postas nos debates pelas partes, a fim de evitar equívocos de interpretações dos debatedores e, até, inverdades ditas na discussão da causa. Essa conclusão é tirada, de forma clarividente, do próprio rito em comento (CPP, art. 476).

Esse, aliás, o entendimento esposado pelo relator do HC em epígrafe, Ministro Hamilton Carvalhido, a despeito de vencido no julgamento.

No entanto, o voto condutor, da lavra do Ministro Nilson Naves, consignou que é possível que a defesa apresente novas teses por ocasião da tréplica. Consubstanciou-se no primado da plenitude de defesa (Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXVIII, alínea “a”, e LV). Ressaltou que era o suficiente para decidir-se em favor da liberdade.

O viso sinalado pelo voto vencedor arvora-se num suposto *conflito aparente de normas*; na existência de normas de opostas inspirações ideológicas (antinomia de princípios), caso em que a solução seria privilegiar a liberdade.

A propósito, não se controverte acerca da resolução apontada pela doutrina para aqueles casos em que o operador do direito, diante do caso concreto, esteja a enfrentar a denominada *colisão de princípios*, no que se deve aplicar a *ponderação*, a *proporcionalidade*, para solucionar a *vexata quaestio*.

Lembra Gilmar Mendes¹ que o postulado da *proporcionalidade* em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz que, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Ocorre que a inovação substancial da tese defensiva em sede da *tréplica* em nada se relaciona com conflito aparente de normas constitucionais. Não se trata de caso concreto em que o juiz, para decidir, está à frente de dois princípios aparentemente colidentes.

A perquirição da possibilidade de alterar-se substancialmente a tese defensiva por ocasião da *tréplica* põe-se no plano da hermenêutica; da técnica de interpretação do sistema procedimental do tribunal do júri conforme a Constituição Federal (interpretação conforme a Constituição, na vetusta lição de Canotilho), assegurando às partes, em cada ato dos trabalhos em plenário, que se respeite o princípio maior do devido processo legal.

Nesse sentido, permitir que, em *tréplica*, a defesa apresente teses que não foram expendidas no momento em que a própria lei processual faculta que se faça, é desvirtuar o conceito de processo; é retroceder no rito; é surpreender uma das partes do processo, causando-lhe inegável prejuízo.

Assim, se o defensor do acusado, operador do direito técnico que conhece o procedimento, deixa de apresentar todas as teses de defesa em favor do representado, no momento legal que tem para fazê-lo, não é lícito, extemporaneamente, invocar a plenitude de defesa ou sustentar, indevidamente, cerceamento de defesa. Tenha-se presente que cerceamento de defesa não deve ser confundido com deficiência de defesa.

E, se essa inovação na *tréplica* ocorre por *estratégia*, é forçoso concluir que a situação é ainda pior, por violação do princípio da lealdade das partes. O processo não pode ser tratado como um jogo de estratégias com o fito de obstar a reação da parte contrária.

Plenitude constitucional da defesa, à evidência, deve ser preservada pelo juiz presidente. Por essa razão, se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei o isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os requisitos correspondentes (redação do art. 484, inciso III, do CPP, antes da Lei n. 11.689/2008). No mesmo sentido, a atual redação do art. 482. Entrementes, no momento processual consentâneo, em nome do princípio da segurança jurídica, que significa que o processo deve ter a previsibilidade necessária das partes envolvidas.

¹ *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27.

Por fim, ao se invocar o inciso LV do art. 5º da Carta Magna, cumpre não perder de vista que essa garantia não é, **tão somente**, da *ampla defesa*. Há uma conjunção coordenativa aditiva “e”. A garantia é de *contraditório* e de *ampla defesa*.

Significa que todas as teses jurídicas e provas no processo estão sujeitas ao *contraditório*, ou seja, à impugnação da parte contrária. Uma parte não pode ter subtraído o direito de ter ciência dos atos praticados pela parte contrária e poder contrariá-los.

É exatamente por fiel observância da *ampla defesa* e *contraditório* que o supracitado art. 476 do CPP prevê etapa de produção da acusação, de exercício da plenitude da defesa do acusado e, facultativamente, de *réplica* e de *tréplica*.

Quando se admite inovação na *tréplica*, é cristalina a ofensa direta à garantia constitucional de a parte adversa — Ministério Público — exercer o *contraditório*, uma vez que é surpreendida com argumentos e teses sobre as quais não pode manifestar-se, haja vista que o momento para tal agir ocorreu quando do exercício da *réplica*.

Com a inovação de uma das partes, o conselho de sentença julgará sem ter levado em conta o *contraditório*, o que, a rigor, é fundamental a quem deva julgar.

Nesse sentido, o magistério de Antonio Scarance Fernandes: “*em razão da garantia do contraditório no processo penal, não se admite que uma parte fique sem ciência dos atos da parte contrária e sem oportunidade de contrariá-los. Deve-se, por isso, entender que a Constituição, ao consagrar o contraditório no art. 5º, LV, garante-o no processo criminal a ambas as partes, não somente ao acusado, mas também ao Ministério Público*”².

É também o posicionamento dos consagrados Hermínio Alberto Marques Porto³, Damásio de Jesus⁴ e Fernando Capez⁵. *A contrario sensu*, cumpre destacar os respeitáveis entendimentos de Guilherme de Souza Nucci⁶ e Adriano Marrey⁷.

Por corolário, não há como se admitir a inovação de teses defensivas, por ocasião do oferecimento de *tréplica* — cuja finalidade é rebater o que já foi dito —, sob pena de flagrante violação à garantia constitucional do *contraditório*, que (frise-se) deve ser assegurada a ambas as partes litigantes.

2 *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 62-3.

3 *Júri*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 125-6.

4 *CPP Anotado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 398-9.

5 *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 575

6 *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008. p. 206.

7 *Teoria e Prática do Júri*. 7. ed. RT: São Paulo, 2000. p. 365.

* Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri em Campo Grande, Mato Grosso do Sul.