



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso

**Contributo para uma Compreensão Crítica dos Julgamentos Populares:
Deslegitimação do Procedimento do Júri no Estado Constitucional de Direito.**

Caroline Domingues de Souza

RIO GRANDE, 2016.

**Contributo para uma Compreensão Crítica dos Julgamentos Populares:
Deslegitimação do Procedimento do Júri no Estado Constitucional de Direito.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito, da
Universidade Federal do Rio Grande –
FURG, como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa

Rio Grande, 2016.

CAROLINE DOMINGUES DE SOUZA

**Contributo para uma Compreensão Crítica dos Julgamentos Populares:
Deslegitimação do Procedimento do Júri no Estado Constitucional de Direito.**

Banca Examinadora da monografia apresentada ao Curso de Direito da FURG, para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa – FURG

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dra. Maria de Fátima Gautério - FURG

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Me. Fernando Amaral - FURG

RIO GRANDE, 2016.

|

“Devemos minar a linguagem jurídica para aprender que o direito também é o espelho da irracionalidade humana. A justiça também é o teatro do absurdo.” (Luís Alberto Warat - A ciência jurídica e seus dois maridos, p. 49.)

RESUMO

SOUZA, Caroline Domingues de. **Contributo para uma compreensão crítica dos julgamentos populares: deslegitimação do procedimento do júri no estado constitucional de direito**. 2016. 48 páginas. Trabalho Acadêmico (Graduando). Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

Esta monografia pretende realizar uma análise crítica acerca de alguns pontos do atual procedimento dos julgamentos populares, celebrados perante o tribunal do júri, especialmente no que tange ao modo de deliberação dos jurados, os quais proferem, de maneira sigilosa, uma decisão não fundamentada, por meio do livre convencimento imotivado. Tendo em vista esta forma de deliberação, o trabalho tenciona confrontá-la às pretensões de um Estado de Direito Constitucional, garantidor da publicidade e da exposição das razões de todas as decisões judiciais, isso por meio da demonstração da irracionalidade e da arbitrariedade, bem como do caráter absolutamente inquisitório da instituição do júri face aos ideais democráticos e constitucionais.

Palavras-chave: julgamentos populares, tribunal do júri, estado de direito constitucional, procedimento, legitimidade.

ABSTRACT

This paper intends to carry out a critical analysis about some points of the current procedure of popular judgments, concluded before a jury, especially with regard to the deliberation so the jury, which proffer, confidentially, a decision not substantiated by through free convincing unmotivated. In view of this form of deliberation, the work intends to confront it to the pretensions of the rules of constitutional law, guarantor of publicity and exposure of reasons of all court decisions, that by demonstrating the irrationality and arbitrariness, as so the absolutely inquisitorial character of the institution of the jury against the democratic and constitutional ideals.

Key-words: Popular trials, jury, state constitutional law, procedure, legitimacy.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	7
1. UMA FORMA DE DIREITO: O ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL	9
1.1 Estado de Direito Constitucional e a Legitimidade Substancial do Poder Público	9
1.2 A Dignidade e Democracia das Maiorias	11
1.3 Um Sistema Limitador como Garantia do Indivíduo	14
1.4 Decisões Motivadas: Um Meio de Contenção do Poder Público	15
2. TRIBUNAL DO JÚRI: UM INSTRUMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?	19
2.1 A Liberdade Como Ponto de Partida	19
2.2 A Problemática da Pronúncia	22
2.3 Impronúncia e Estado de Culpabilidade	25
2.4. Breves Considerações do Júri no Direito Comparado	28
3. JULGAMENTOS POPULARES: UMA FORMA DE DIREITO ANTIDEMOCRÁTICA	33
3.1 Imposição do Silêncio nos Julgamentos	33
3.2 A Arbitrariedade do Livre Convencimento Imotivado	36
3.3 Tribunal do Júri: Uma Garantia Transviada	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sem dúvida, o tribunal do júri brasileiro constitui uma das instituições mais controversas do direito processual penal-constitucional do país, com evidentes e importantes reflexos no plano material. Ao passo que seus defensores o propõem como órgão da cidadania e instrumento da democracia participativa, alguns autores explicitam os defeitos de seu procedimento, especialmente no que tange às incoerências constitucionais metodológicas da instituição.

Neste contexto, o presente trabalho pretende estudar alguns pontos deficientes do procedimento previsto ao rito do júri a partir de uma perspectiva constitucional e democrática do Estado de Direito, consagrado por meio de garantias inquestionáveis ao indivíduo, em detrimento à arbitrariedade do poder público, de caráter originariamente autoritário.

Para isso, esta monografia intenta permear uma análise crítica ao modo de deliberação do conselho de sentença nos julgamentos populares, referindo-se, sobremaneira, ao aspecto sigiloso e imotivado das decisões formuladas pelos jurados que, em absoluta divergência ao estabelecido pela Constituição da República, deriva de uma censura ao debate imposta pelo Código de Processo Penal, oriunda de um regime ditatorial que instrumentalizou a discriminação no tribunal do júri.

É certo que o estabelecimento de um Estado de Direito Constitucional promove sua expressão democrática a partir de garantias fundamentais ao indivíduo, as quais são insuscetíveis de violação, mesmo que seja pela ânsia de uma maioria. Entre estas garantias, está o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que exige a exposição das razões decisórias de todas as sentenças judiciais proferidas e garante, desta maneira, além do exercício pleno do contraditório defensivo, o controle da administração da justiça.

Sob esta ótica, para contribuir à compreensão crítica dos julgamentos populares, o primeiro capítulo tenciona uma breve incursão aos requisitos de legitimidade de um Estado de Direito Constitucional, no que diz respeito à substancialidade de seu ordenamento jurídico e à diferenciação necessária entre o termômetro democrático de um Estado e a vontade pura e simples da maioria de

seus cidadãos. Neste sentido, pretende-se avançar o estudo salientando o compromisso constitucional com a vida e a liberdade individual, que se consagra por meio de um sistema limitador do poder público, incluindo, neste sistema, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.

O segundo capítulo, discorreremos acerca de outros pontos em que a inquisitorialidade do procedimento salta aos olhos, em absoluto descaso com as conquistas democráticas e humanísticas garantidas pela Constituição da República, discutindo a problemática da equação julgamento popular imotivado *versus* direito individual do acusado, sobretudo, o direito à liberdade, assim como a questão da pronúncia, que acaba por levar réus a júri, em evidente situação de risco de injustiça, diante de um imprevisível resultado, sem qualquer fundamentação. Além disso, apresenta-se um breve levantamento do júri em outros países, com o objetivo de analisar a diferença entre a questão da incomunicabilidade e da motivação das decisões.

Por fim, o terceiro capítulo tem o propósito de projetar o procedimento do júri na construção realizada no primeiro capítulo, exclusivamente no que tange à imposição do silêncio nos julgamentos populares. Neste ponto, partindo da inadmissibilidade de uma sentença penal não fundamentada em um Estado de Direito Constitucional e Democrático, questiona-se a legitimidade de uma decisão formulada por meio do livre convencimento imotivado e seus possíveis riscos a direitos fundamentais.

O presente estudo, portanto, discorrerá sobre toda essa latente celeuma entre o discurso de uma “justiça democrática”, porém, que pode representar flagrante violação às garantias fundamentais do cidadão, insculpidas no artigo 5º da Constituição Federal, acima de tudo por deixar o supremo direito à liberdade do indivíduo em situação de precariedade, de risco iminente de violação, em um julgamento popular imotivado, algo que abrirá um via direta para decisões absolutamente arbitrárias, em evidente afronta a um sistema de justiça efetivamente democrático.

1. UMA FORMA DE DIREITO: O ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

1.1 Estado de Direito Constitucional e a Legitimidade Substancial do Poder Público

Estado de Direito é um daqueles conceitos amplos e genéricos, de análise complexa que, por diversas vezes, durante a história do pensamento político, sofreu constantes modificações. No discurso acadêmico, o tema emerge reiteradamente, embora nem sempre com a mesma semântica, remontando ideais que partem da filosofia medieval, como a distinção entre o Governo dos Homens e o Governo das Leis, perpassando pelo Estado Liberalista de Intervenção Mínima, pelos direitos fundamentais do jusnaturalismo, até chegar à concepção normativista kelseniana.¹

De acordo com Ferrajoli, o conceito de Estado de Direito, em sentido amplo, poderia ser traduzido como um conjunto de normas no qual os poderes públicos são previstos pela lei e exercitados conforme os procedimentos por ela estabelecidos. Ainda conforme o autor italiano, Estado de Direito em um sentido mais estrito poderia ser compreendido pelos ordenamentos nos quais os poderes públicos não se encontram sujeitos apenas à forma da lei e seus procedimentos, mas, também, ao seu conteúdo, à sua substancialidade.

Isso implica dizer que, em um sentido amplo do conceito de Estado de Direito, estaria incluído qualquer tipo de ordenamento, até mesmo os absolutamente opressivos, pois mesmo nos regimes autoritários o poder público encontraria fundamento legal para seu exercício. Isso porque para conferir legitimidade a um ato público, bastaria a inclusão de uma lei no sistema normativo que garantisse a execução de seu poder. Trata-se de uma interpretação capaz de reconhecer legítimos atos de poder de caráter inquisitório e, portanto, absolutamente alienada aos ideais principiológicos abarcados pela Constituição de 1988.

Em razão disso, entendemos que somente se compreenderia como Estado de Direito aquele Estado cujo ordenamento conferisse, além da validade formal atribuída pela lei, uma validade substancial para sua norma. Em outras palavras, o conceito de Estado de Direito com o qual se pretende trabalhar é aquele que

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 789.

constitua, ao mesmo tempo, um Estado Constitucional, que por meio da atribuição de matérias de competência preordenadas e de critérios para decisões, garanta validade substancial a suas leis. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia de constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.²

O Estado de Direito Constitucional, então, marcaria o reflexo de uma crise da legalidade: não bastaria, portanto, exigir pura e simplesmente a lei como fonte e condição formal para conferir legitimidade ao exercício de um poder público. Seria imprescindível que esta lei estivesse revestida de valores éticos fundamentais que impossibilitariam a legitimidade de ordenamentos opressivos. Estes valores, previstos constitucionalmente, garantiriam um controle substancial da legalidade, pois invalidariam qualquer lei que os contrariasse. Desta forma, a legalidade, assim como o conceito de Estado de Direito, passaria a ser vista por uma forma estrita – a norma é condicionada, e não condicionante - condicionada à supremacia e à suprallegalidade constitucional. A lei, nesta categoria, encontra-se submissa a direitos e garantias, tidos como fundamentais e inerentes ao cidadão. De acordo com Konrad Hesse:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 245.

inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional.³

Poder-se-ia dizer, assim, que não basta a força pura e simples da lei, advinda de um ato de poder do Estado sobre o indivíduo, para tornar legítimo o exercício deste mesmo poder. Sua legitimidade apenas se concretizaria caso sua aplicação efetivasse um fundamento ético ou moral por meio do emprego de procedimentos que produzissem decisões vinculatórias.⁴A importância disto será trabalhada com mais ênfase no desenvolvimento da pesquisa.

O modelo de um estado de direito constitucional vincula o direito a um ideal e profere que a execução de uma norma deve atingir uma finalidade que justifique sua própria existência. Sob esta ótica e, de acordo com Zenkner Schmidt, “Direito ‘justo’ (e Estado ‘justo’) é, em suma, todo aquele que respeita, e sempre busca respeitar, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados”.⁵

Segundo Ferrajoli:

(...) Nos modernos Estados constitucionais de direito, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal como também material com normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo (...).⁶

Ainda segundo Ferrajoli, a legitimidade substancial de um modelo constitucional de Estado estaria absolutamente atrelada à atividade judiciária, esta, atuando como garante da imunidade do indivíduo contra a arbitrariedade do poder público por meio da aplicação de princípios limitadores, como o da legalidade. Deste modo, infere-se que, além da legitimidade formal, o ordenamento deste tipo de Estado deve, para atender a concepção democrática que lhe move, atentar à

³ HESSE, Korad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24

⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011, p. 93.

⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 327.

substância da legalidade (formal), garantindo (em matéria) os direitos fundamentais do cidadão.

1.2 A Dignidade e a Democracia das Maiorias

Um Estado de Direito Constitucional pretende restringir seu ordenamento a garantias que, além de constituir condições de igualdade, conferem valor à pessoa, de modo a evitar a sujeição de um indivíduo ao arbítrio do poder público. Em conformidade com o pensamento de Kant, a Carta Magna brasileira de 1988 optou por compreender o indivíduo como um fim em si mesmo e não como um meio arbitrário para a concretização desta ou daquela vontade, ou seja, do arbítrio. Desta concepção, emerge seu princípio fundamental primordial: a dignidade da pessoa humana.

O termo em latim, *dignitas*, originária da palavra dignidade, significa “prestígio”, “consideração”, “respeitabilidade”⁷. Embora não se pretenda discutir sua definição, é importante salientar sua expressividade no ordenamento jurídico, o qual, como já referido anteriormente, encontra-se condicionado a este ideal. Considerar a dignidade da pessoa humana significa rechaçar as consequências e adstringir-se às intenções das ações: um ato deve prevalecer mesmo que não atinja sua finalidade: basicamente, contextualizando o assunto ao poder punitivo de um Estado, implica dizer que os fins jamais poderão justificar os meios, ou seja, a garantia da dignidade estará sempre fundada no respeito à regra do procedimento.

É por meio do reconhecimento deste fundamento constitucional que se observa a base de uma democracia, pois dele decorre a valorização da vida e da liberdade, elementos humanos inafastáveis no exercício do poder desta forma de sistema político. O compromisso constitucional com a dignidade humana é o que nos obriga ao compromisso com o outro, à valoração da vida e liberdade do próximo. De acordo com Kelsen, a característica essencial da democracia está no desejo de liberdade não apenas para si mesmo, mas também aos demais. Neste contexto, a democracia se realizaria em um tipo altruísta, no qual o outro não é visto

⁷ BOFF, Salete Oro; BORTOLANZA, Guilherme. A dignidade humana sob a ótica de Kant e do Direito Constitucional Brasileiro Contemporâneo. **Sequência**, nº 61, p. 251-271, dez. 2010.

como inimigo, mas como semelhante⁸, minimizando, desta forma, o domínio e o poder público.

Nesta linha, observa-se um bom modo de interpretação à notória frase de *Lincoln* a respeito da democracia: “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Considerando o tipo democrático de personalidade baseado no respeito à dignidade humana, deve-se rechaçar uma visão utilitarista do bem comum objetivamente determinado pela vontade da maioria, pois, como afirma Kelsen, apenas o indivíduo possui uma vontade real e a “vontade do povo” nada mais é do que uma figura retórica. Isso importa porque, não raro, democracia e soberania popular são confundidas pelo conceito ideal de maioria.

Como afirma Sartori, uma regra a ser observada é a da *maioria limitada*⁹, sob pena de um Estado dito democrático ser travestido por um regime absolutamente opressivo. Em razão disso, o poder de decisão das majorias deve estar sempre restringido pelo direito das minorias, ao passo que o primeiro jamais poderá ser ilimitado. Não se trata, portanto, de decisões proferidas por uma maioria, mas de que nem tudo pode ser decidido, nem mesmo pela maioria, porque *mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado*.¹⁰

A atenção a esta diferenciação é o que sustenta a dignidade no exercício do poder democrático. Como assevera Ferrajoli:

Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político – do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública – pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o

⁸ KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 180.

⁹ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. v. 1, [s. l.], Editora Ática, 1994, p. 55.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 792.

interesse geral e tampouco nenhum princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso e vice-versa.¹¹

Nenhuma lei, como foi dito, mesmo que votada com esmagadora maioria, pode dispor ou consentir que um homem seja punido sem que haja cometido algum fato proibido, ou por ter cometido atos inofensivos, ou meramente cogitados ou sem culpa; e um cidadão, sobretudo se dissidente ou marginalizado, não está minimamente coberto de garantia, pelo fato de que a decisão de condená-lo esteja de acordo com o consenso unânime de seus concidadãos, sem que tenha sido demonstrada a prova de sua culpabilidade em um juízo desenvolvido sob contraditório e com sua defesa.¹²

Como ilustração desta ideia, é válido ressaltar um dos exemplos utilizados por Sandel: o autor faz referência a um conto de Ursula K. Le Guin, que trata de uma cidade onde a beleza e a felicidade baseiam-se no sofrimento abominável de uma criança, que é trancafiada em um quarto sem janelas. No conto, todos os integrantes da cidade acreditam piamente que os acontecimentos bons do local dependem do intenso sofrimento daquela única criança e, caso ela seja libertada, alimentada e confortada, todo o encanto da cidade será destruído.¹³ Ora, este exemplo traduz a problemática referida anteriormente: É válido avaliar o custo-benefício da vida e liberdade de um único indivíduo para justificar o bem-estar e felicidade de uma maioria?

De certo, o Estado democrático não deve bastar-se pura e simplesmente pela ideia quantitativa de bem comum, é necessário admitir que existem direitos que vão muito além de análises desta natureza. Para a realização do princípio democrático, vida e liberdade, como direitos fundamentais, devem ser respeitados e valorizados, sendo qualquer ato de poder a eles atentatório corrompido pela inconstitucionalidade e falecido de legitimidade.¹⁴

¹¹ *Ibidem*, p. 501.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 794.

¹³ SANDEL, Michel J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 17ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, pp. 54-55.

¹⁴ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. **À luz das Leis 11689/08; 11.690/08; 11.719/08; e Lei 11.900/09: Videoconferência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.17.

1.3. Um Sistema Limitador como Garantia do Indivíduo

Nesta linha de raciocínio, em decorrência da valoração do indivíduo por meio da dignidade que lhe é inerente, entendem-se fundamentais outros diversos princípios. Entre eles, interessam à pesquisa especialmente aqueles referidos como direitos fundamentais de primeira geração, pertinentes à vida e à liberdade e, fundamentalmente, protegidos por uma obrigação negativa dos poderes públicos. Embora haja garantias fundamentais baseadas em prestações positivas do Estado – como é o caso dos direitos sociais – interessa-nos neste estudo, sobremaneira, aquelas que de modo direto impactam o sistema penal, que se enquadram na primeira caracterização e, basicamente, vedam a intervenção arbitrária do poder público na vida e liberdade dos cidadãos, tanto pelo rito ordinário do direito processual penal quanto pelo poder de polícia administrativo.

Neste sentido, ensina Luigi Ferrajoli:

As garantias penais e processuais, não podem ser mais que um sistema de vedações legais inderrogáveis: vedações legais de punir, de prender, de perseguir, de censurar ou, de outro modo, sancionar, sem que concorram as condições estabelecidas pela lei para a tutela dos cidadãos contra os arbítrios.¹⁵

Como já dito, um Estado de Direito Constitucional e Democrático pretende a minimização da violência e, através disso, a maximização das garantias fundamentais. Assim, seu objetivo geral pode ser descrito como a proteção do mais fraco pela vingança: a proteção do fraco contra o mais forte. Somente desta forma a intenção constitucional se realizaria, por meio de uma doutrina garantista de vinculação e limites do poder punitivo.¹⁶

Para efetivar este ideal, a Constituição Federal vigente abarca normas a fim de emoldurar um Estado Democrático e, ao mesmo tempo, um Estado de Direito: conteúdos de caráter democráticos, disciplinados e identificados por leis que dispõem sobre a soberania popular, determinando *quem* decide e *como* se decide.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 691.

¹⁶ *Ibidem*, p. 311.

De outra banda, normas pertinentes ao Estado de Direito disciplinando garantias e direitos fundamentais, determinando sobre *o que* se pode decidir (ou não), tudo por meio da limitação dos poderes públicos ou da promoção dos direitos sociais.¹⁷ Uma das formas de limitação do poder estatal está prevista no artigo 93, IX da Magna Carta, conforme veremos a seguir.

1.4. Decisões Motivadas: Um Meio de Contenção do Poder Público

Uma das formas de limitação do poder estatal que visa à realização de um efetivo Estado de Direito Democrático e Constitucional, está prevista no artigo 93, IX da Magna Carta. De acordo com a referida disposição legal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Da leitura do inciso transcrito, depreende-se a opção legislativa por uma concepção racional das decisões judiciais, sendo a motivação e a publicidade meios de controle da arbitrariedade do poder público. Desta forma, observa-se uma regra constitucional, no sentido de que o juiz deve estruturar os fundamentos de suas decisões, argumentando racionalmente as opções que realizou até chegar a seu veredito final. Além da previsão constitucional, o Código de Processo Penal, em seu artigo 381, inciso III, refere que a motivação deve explicitar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a decisão.

A motivação e a publicidade das decisões judiciais permitem o controle do poder público por parte dos cidadãos e funciona, ao mesmo tempo, como dique de contenção do poder punitivo.

¹⁷ *Ibidem*, p. 791.

Como bem refere Aury Lopes Jr., apenas a justificação da sentença possibilita observar se a racionalidade prevaleceu sobre o poder e se as regras do jogo foram devidamente respeitadas.¹⁸ Assim, a motivação das decisões se resume no único meio idôneo para revestir de legitimidade um ato de poder: apenas com uma exteriorização intelectual honesta e suficiente é que o exercício da jurisdição se realiza em conformidade com um Estado Democrático de Direito Constitucional¹⁹.

Como afirma Khaled Jr., a sentença judicial, ao justificar eventual condenação por meio das provas contidas no caderno processual, presta contas à história, à sociedade e ao próprio acusado.²⁰ Isso porque uma decisão condenatória não diz respeito apenas ao condenado, mas interessa da mesma forma a todos os indivíduos, pois exterioriza a forma como que se administra a justiça, tornando-se muito mais uma questão política do que simplesmente processual.

Nesta direção é a conclusão de Goldschmidt quando afirma que a estrutura processual penal de um país constitui um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição²¹. De fato, as normas de direito processual penal de um Estado estão muito mais relacionadas ao sistema político adotado do que ao sistema jurídico propriamente dito, pois refletem diretamente a relação do Estado com seus cidadãos, bem como a forma que este Estado administra o poder e a liberdade.²²

Verifica-se, contudo, que o Tribunal do Júri e a motivação das decisões judiciais, embora igualmente previstas na Constituição como garantias do cidadão, demonstram-se incompatíveis. Isso porque nas decisões proferidas no conselho de sentença perante o Tribunal do Júri sobrepõem o silêncio e a ausência de motivação dos juízes naturais da causa. Embora previsto como cláusula pétrea e defendido arduamente por diversos autores como uma garantia do cidadão, os

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1096.

¹⁹ TARUFFO, Michele; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; PÉRES, Alfonso Candau. **Consideraciones sobre La prueba judicial**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, pp. 93-94.

²⁰ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade real: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 547.

²¹ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosh, 1935, p.67.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

juízos populares fogem à regra constitucional de valoração racional e motivada das provas, baseando-se na íntima convicção dos jurados, especialmente pelo princípio do sigilo das votações.

Nas palavras de Flávio Böechat Albernaz:

Assim, não há como negar que, tal como estruturado, o Tribunal do Júri ofende a Constituição, quer na parte em que esta impõe ao Judiciário o dever de motivar todos os provimentos jurisdicionais de conteúdo decisório (CR, art. 93, IX), quer na parte em que ela declara ser o regime político brasileiro estruturado consoante os princípios de um Estado Democrático de Direito (CR, art. 1º).²³

Para os defensores da instituição, o aspecto sigiloso das votações nos juízos populares teria fundamento no resguardo e na independência do jurado que, ao contrário do juiz togado, não possui qualquer garantia. Nesta perspectiva, o silêncio do jurado protegeria sua independência e imparcialidade, pois estaria livre de coações morais ou ameaças diversas, físicas ou psíquica e, assim, não se sentiria pressionado a decidir neste ou naquele sentido. Nesse verdadeiro conflito travado entre um discurso de “juízo democrático”, popular, contra o direito individual do réu, de seu direito sagrado à liberdade, verifica-se a evidente posição fragilizada do acusado²⁴. Trata-se de uma flagrante posição de risco iminente, com graves consequências. É na análise desta incoerência constitucional que se pretende avançar o estudo.

²³ ALBERNAZ, Flávio Böechat. O princípio da motivação das decisões do conselho de sentença. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 19, p. 58.

²⁴ Cabe ressaltar a advertência de GÖSSEL, quando refere a necessidade de que seja ultrapassada a ideia de um Estado-Polícia ou Estado-Observador, em que sejam efetivamente ponderados os interesses do indivíduo, as garantias individuais, jamais sendo postos de lado pelo interesse de uma busca da chamada verdade material a qualquer custo. Deve-se garantir “los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales”. (GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el Estado de Derecho**. Lima: Grijley, 2004, p. 64-67)

2. TRIBUNAL DO JÚRI: UM INSTRUMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

2.1 A Liberdade como Ponto de Partida

Liberdade é ideal, mas, também, condição para a vida em sociedade. As experiências históricas, especialmente as ocorridas em continente europeu, dão conta do perigo do clamor público pelo “direito fundamental à segurança”, que, por mais das vezes, acaba em terrorismo de Estado, por meio da aniquilação e do desvalor da liberdade individual em prol do desejo de segurança. Neste sentido, pelo viés constitucional a que se dedica este trabalho, o direito penal não deve ser compreendido como instrumento de política de segurança pública, mas como tutela da liberdade do cidadão contra o poder de punir, de natureza originariamente violenta e arbitrária.

Nesta perspectiva, Luigi Ferrajoli demonstra que a tutela da liberdade individual, caracterizada pela aplicação de um direito penal mínimo e correto, corresponde aos ideais de racionalidade e certeza, determinados na medida em que as intervenções do poder público diretamente na liberdade do cidadão são realizadas de maneira previsível e determinável, seguindo, fundamentalmente o princípio do *in dubio pro reo*. Segundo o autor:

Sob este aspecto, existe um nexó profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas da exclusão ou atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena.²⁵

Veja-se que o sistema de julgamento popular, nesse aspecto, acaba por privilegiar uma concepção de tutela penal pelo próprio povo, porém, coloca o cidadão (réu) numa condição fragilizada diante do poder estatal, pois sendo a

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

decisão do júri imotivada, possível que o veredicto leve em conta circunstâncias totalmente fora do contexto jurídico e de seus parâmetros, o que representa sério risco aos direitos individuais.

Nesse sentido, cabe observar a ponderação de AMBOS:

“a tensa relação entre interesses por uma administração da justiça funcional e eficaz, na qual se cumpra, por um lado, o fim de se esclarecer fatos delituosos e, por outro lado, a garantia dos direitos fundamentais do imputado, conduz a uma complexa rede de decisões com base em ponderações que, somente em raras ocasiões, deixam completamente satisfeitas ambas as partes – a autoridade responsável pela persecução penal e a defesa. Esta tensa relação também pode ser descrita por meio da antítese entre justiça material (realização da pretensão penal) e a garantia do devido processo legal (assegurar os direitos do investigado ou imputado)”²⁶.

Com a obrigatoriedade de realização de júri em casos de crimes dolosos contra a vida, vê-se qualquer cidadão na iminência de sofrer uma condenação pesada e severa sem que haja uma fundamentação clara e escoreta, sobrepondo, assim, uma garantia de todos os indivíduos em um sistema democrático de justiça. Isso, claramente, denota a prevalência de um discurso retórico de “segurança pública”, de “julgamento pelo povo”, “tutela popular do direito à vida”, porém, com um preço muito alto: os riscos de grave violação ao direito individual do acusado, direito esse supremo, a liberdade.

O jurado é leigo, não tem conhecimento jurídico e nem mesmo do funcionamento do sistema de justiça. Sua inclusão nos julgamentos ocorre com a ideia de democratização da justiça. Entretanto, diferentemente de outros países que adotam um sistema escabinado, com a participação de juízes de carreira mesclados com juízes leigos, no Brasil apenas juízes leigos, sem prévia entrevista pelas partes, julgam, sem qualquer limite, no tribunal do júri. Essa “participação democrática”, na realidade, como não há qualquer parâmetro sobre a posição do jurado leigo, transparece um mero argumento retórico a justificar uma oxigenação do sistema judiciário, mas que põe o acusado numa posição extremamente perigosa.

²⁶ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83.

O “clamor social”, o “clamor por segurança pública”, o povo julgando um “igual” sem fundamentação, põe os direitos individuais em segundo plano. Mais: correndo sério risco concreto de violação. O réu fica em uma posição vulnerável, podendo perder sua liberdade por vários anos, por razões indeterminadas e imprevisíveis.

Sabidamente, por fatores extrínsecos, como preconceitos de raça, religião, sexo, bem como influência da mídia e opiniões de massa, entre outros, poderão já definir o julgamento do réu sem nem mesmo ter o júri iniciado. Isso, sem dúvida, já demonstra o grande risco de realização de uma flagrante injustiça. Neste sentido:

Como consequência da secularização do direito, somente – mas não todas- as imoralidades exteriorizadas é que são passíveis de punição, e não também o pensamento, a religião, a opção política ou sexual, e todos os demais elementos que fazem do homem um ser pensante. O revide pelo conhecido “Direito Penal do Autor”, próprio do regime nacional-socialista alemão à época do nazismo, determina que se castigue por aquilo que se fez, não por aquilo que se é.²⁷

A fundamentação da decisão, assim, é a garantia de que foi seguido um padrão de racionalidade no julgamento, evitando abusos e o arbítrio estatal²⁸. Uma decisão judicial não pode perder de vista a necessidade de ser racional, baseada em provas, com a demonstração objetiva do que foi considerado para ensejar um decreto condenatório. Abrir mão dessa garantia, admitindo um discurso de “julgamento democrático” pelo povo, na realidade, abre margem para decisões desarrazoadas e abusivas, que põe por terra o direito de liberdade.

Ocorre que no procedimento previsto aos julgamentos populares, não é apenas a falta de fundamentação das decisões que atenta contra os ideais de um Estado Constitucional: antes mesmo do caso concreto ir ou não a júri, as

²⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 128.

²⁸ Veja-se a ponderação de MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 278: “traduz-se ‘na possibilidade de formar uma convicção pessoal da verdade dos factos, convicção essa ainda assim racional, assente em regras de lógica e experiência, objectiva e comunicacional’. Para ser racional a convicção tem necessariamente de assentar em provas; para ser assente em regras de lógica e experiência tem que ser inexpugnavelmente compatível com os princípios que se conhecem regularem a *gnose*. Objectiva, ser desprovida de subjetivismo injustificável, elementos reais e provados; comunicacional, intrinsecamente, refletida, compreensível por terceiros”.

peculiaridades do procedimento já durante a sua primeira fase (*juicio acusaciones*), demonstram características absolutamente inquisitórias e antidemocráticas em sua própria natureza, como é o caso, a exemplo, das decisões proferidas pelo juiz togado, que diferem integralmente do procedimento ordinário comum.

2.2 A Problemática da Pronúncia:

Consabido, o último ato da primeira fase do rito processual do júri será a decisão do juiz togado acerca da admissibilidade da acusação, oportunidade na qual encaminhará o processo, ou não, a julgamento perante o conselho de sentença, juízes leigos, naturais e constitucionalmente competentes para a causa. Os quatro atos decisórios possíveis neste momento processual são a pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária. A decisão que remete o acusado a julgamento popular é a denominada pronúncia.

Trata-se de decisão interlocutória mista não terminativa e, de acordo com o artigo 413 do Código de Processo Penal, deverá ser proferida quando o magistrado estiver convencido da prova da materialidade e de indícios de autoria ou participação. Nas palavras de Aury Lopes Jr., consiste em um “re-recebimento” da denúncia²⁹, pois analisa novamente a admissibilidade da pretensão acusatória, desta vez, amparada pela prova judicializada. Observa-se, pelos requisitos de sua prolatação, que mesmo havendo dúvida acerca da responsabilidade penal do réu, o juiz deve pronunciá-lo, guiando-se, neste momento processual, pelo “interesse da sociedade”.

Segundo Álvares de Aquino, a pronúncia é a garantia do acusado de não ser submetido a um julgamento injusto.³⁰ Compreende-se, por meio do entendimento quase pacífico da doutrina, que o magistrado, ao proferir ou não esta decisão, realiza um filtro axiológico, analisando as probabilidades da hipótese acusatória para evitar o julgamento popular de uma denúncia absolutamente descabida.

Mas, com a devida vênia, como argumentar que a pronúncia é garantia do acusado se a natureza da própria decisão é regida pelo princípio *do in dubio pro*

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1022.

³⁰ AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A função garantidora da pronúncia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 106.

societate? Não há como uma decisão que na dúvida prefere contra o interesse do acusado seja denominada de garantia. Neste momento processual, se há dúvida sobre a responsabilidade penal do indivíduo, em razão do referido princípio, o magistrado declina o julgamento ao tribunal do júri, decidindo “em favor da sociedade”.

Ora, por primeiro, deve-se destacar que o *in dubio pro societate* não encontra qualquer amparo na lógica processual penal e, tampouco, na Constituição da República. É inadmissível defender uma decisão de pronúncia com base nesta lógica perversa que relativiza a presunção de inocência sob o argumento genérico da soberania ilimitada dos jurados. Neste sentido, vale destacar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que, não obstante proferida em procedimento diverso do abordado nesta pesquisa, afirmou a inconveniência do *in dubio pro societate*:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E QUADRILHA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. **REMISSÃO AO CHAMADO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.**

1. A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, **sendo abominável a concepção de um chamado princípio in dubio pro societate**. In casu, não tendo sido a denúncia amparada em hígida prova da materialidade e autoria, mas em delação, posteriormente tida por viciada, é patente a carência de justa causa. Encontrando-se os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii em situação objetivamente assemelhada à dos pacientes, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, devem eles receber o mesmo tratamento dispensado a estes.

2. Ordem concedida para cassar o acórdão atacado, restabelecendo a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia em relação aos pacientes e os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii, nos autos da ação penal n. 0008955-43.2005.8.01.0001, da 1.^a Vara Criminal da Comarca de Rio Branco/AC. (HC 175-639-AC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/03/2012) (grifei).

Para se cogitar a existência de uma garantia do acusado, a decisão de pronúncia, assim como todas as demais decisões penais, deve ser proferida com a observância do *in dubio pro reo*, princípio fundamental e inafastável para um processo e julgamento justo e consonância ao interesse de um estado democrático

de direito: a dúvida, em hipótese alguma, pode transferir o ônus da prova à defesa. Neste ponto, Paulo Rangel problematiza a questão:

O processo judicial, em si instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado, que, agora, tem a dúvida a seu favor e, se houve dúvida quando se ofereceu denúncia, o que, por si só, não poderia autorizá-la, não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena dessa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados. Um promotor bem falante, convincente em suas palavras, pode condenar um réu, na dúvida. Júri é linguagem.³¹

Como afirma o autor, o simples argumento de que os jurados são os juízes competentes para a causa não pode justificar uma condenação fundada na dúvida, principalmente em um julgamento onde, lamentavelmente, vigora a íntima convicção. Não é possível ignorar os riscos de um julgamento pelo livre convencimento. Por isso, quando a hipótese acusatória não estiver acompanhada de prova robusta, a dúvida razoável, no caso concreto, não pode ensejar uma decisão de pronúncia.

A despeito disso, deve-se ter em mente que a pronúncia não é sentença condenatória e, por isso, não deve realizar qualquer juízo de certeza ou convencimento acerca do fato, inclusive por não adentrar no mérito da questão. Não deve o juiz condenar de antemão o acusado, pois, de acordo com a constituição brasileira, é incompetente para tal julgamento. Ao mesmo tempo, deve fundamentar a decisão, sinalizando a prova da materialidade e os indícios de autoria ou participação.

Trata-se de uma tarefa árdua, na qual o magistrado deve proceder com extrema cautela na linguagem empregada, pois qualquer excesso ou imoderação poderia exercer influência negativa aos jurados: obviamente uma decisão de pronúncia assemelhada a uma sentença condenatória traria prejuízos imensuráveis a defesa, pois poderia funcionar como argumento de autoridade para convencer os jurados a proferir uma condenação.

³¹ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 2ª ed. rev. ampl. e atual. À luz das Leis 11689/08; 11.690/08; 11.719/08; e Lei 11.900/09: Videoconferência.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-172.

Esta possibilidade catastrófica fez com que o legislador, por meio da lei 11.689/08, tentasse disciplinar o tema, inserindo no artigo 478 do Código de Processo Penal a proibição da referência pelas partes à decisão de pronúncia em plenário, sob pena de nulidade do julgamento: a intenção era evitar a contaminação do jurado por eventuais termos da pronúncia. Ocorre que no dia do julgamento, os jurados recebem cópia da decisão (artigo 472 do Código de Processo Penal) e, portanto, possuem amplo acesso ao seu conteúdo, tornando a pretensão do referido artigo absolutamente inócua: além dos jurados terem acesso a uma possível linguagem imoderada utilizada pelo magistrado ao pronunciar o réu, agora as partes não podem sequer debater a questão em plenário. Neste sentido, Márcio Schlee Gomes critica:

Além disso, censurando a argumentação das partes, que por óbvio, durante o debate, estão sendo vigiadas pela parte contrária, há inegável subtração de argumentos relevantes aos jurados, pois de nada valerá o acesso a documentos existentes nos autos sem que a acusação e a defesa possam analisá-los e interpretá-los perante os julgadores.³²

Tendo em vista a ocorrência deste incoerente paradoxo, verifica-se que a única forma de reduzir seus possíveis danos é contar com uma conduta coerente e comedida do magistrado. Este, por sua vez, deve assumir a responsabilidade de não se demonstrar tendencioso, evitando a imoderação de palavras e adjetivações, pois eventuais deslizes aqui cometidos, não poderão sequer ser debatidos pelas partes em plenário, em mais um cerceamento do contraditório e ampla defesa. Verifica-se que até mesmo neste momento processual, no qual não vigora o livre convencimento, o acusado fica à mercê da “bondade dos bons”³³.

2.3 Impronúncia e Estado de Culpabilidade

³² GOMES, Márcio Schlee. **Júri: limites constitucionais da pronúncia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010, p. 97.

³³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994: “Uma vez perguntei: quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, ‘a priori’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas”.

Não é apenas a decisão que submete o acusado a julgamento em plenário que apresenta incoerências entre o procedimento previsto à apuração dos crimes dolosos contra a vida e a norma constitucional. A decisão de impronúncia, considerada majoritariamente como uma deliberação favorável ao réu, demonstra, na verdade, um caráter traiçoeiro e inquisitivo, já que perpetua o estado de culpabilidade do indivíduo mesmo quando o processo encontra-se arquivado, destruindo, assim como na pronúncia, o princípio da presunção de inocência.

Refere o artigo 414 do Código de Processo Penal:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

Depreende-se da leitura do referido dispositivo legal uma das maiores barbáries existentes no ordenamento jurídico brasileiro: mesmo que não haja prova da materialidade do crime ou de indícios de autoria ou de participação, o acusado não será absolvido, não será condenado e tampouco irá a júri popular: permanecerá à graça do Estado que, mesmo após falhar na tentativa de comprovar a acusação na instrução do processo, poderá tentar novamente condená-lo, por meio de uma nova denúncia, em uma verdadeira busca pela punição.

Como se pode observar, a decisão de impronúncia causa um absoluto estado de incerteza ao indivíduo, gerando a mais ampla insegurança jurídica: o processo, embora arquivado, não apresenta qualquer decisão de mérito e, ainda, permite que outra denúncia sobre o mesmo fato recaia novamente sobre o acusado, em um eterno estado de culpabilidade. O réu deve aguardar a extinção de sua punibilidade que, nos casos de crimes dolosos contra a vida, facilmente ultrapassam o período de vinte anos. Mais uma vez, no procedimento do júri, a dúvida é decidida em desfavor do acusado.

Trata-se de uma decisão que vai de encontro aos princípios basilares de um Estado de Direito Constitucional e de um processo penal democrático e seus

fundamentos carecem, portanto, de legitimidade substancial. Não é difícil notar que a impronúncia remonta uma racionalidade inquisitória, na qual o objetivo é a manutenção e perpetuação do poder de punir. De fato, qualquer semelhança com os conselhos de Eymerich aos inquisidores não é mera coincidência:

O inquisidor tomará cuidado para não declarar em sua sentença de absolvição que o acusado é inocente ou isento, e sim esclarecer bastante que nada foi legitimamente provado contra ele; desta forma, se, mais tarde, trazido novamente diante do tribunal, for indiciado por causa de qualquer crime, possa ser condenado sem problemas, apesar da sentença de absolvição³⁴

Infelizmente, na práxis processual penal cotidiana, observa-se que a decisão de impronúncia é muitas vezes é proferida no lugar de uma absolvição sumária que, no rito do júri, também é emitida após a instrução criminal, em razão do caráter inquisitório que o próprio procedimento apresenta. Aqui, o *in dubio pro societate*, princípio carecedor de qualquer base constitucional, também se mostra presente: o senso comum forense entende que a absolvição sumária somente deve ser proferida quando a prova for extreme de dúvidas, tratando-se de decisão absolutamente excepcional. Assim como nos conselhos de Eymerich aos inquisidores de plantão, no tribunal do júri, mesmo na primeira fase do procedimento, a dúvida não é delineada em favor do réu e não gera uma absolvição.

A decisão de impronúncia não se limita a violar apenas o princípio da presunção de inocência, mas desrespeita, também, os princípios da isonomia, da razoabilidade, e o direito do acusado de ser julgado em um prazo razoável. Isso porque em um crime de latrocínio, no qual estão agregados os crimes de roubo e homicídio (mais grave e com pena cominada maior do que o crime de homicídio) a dúvida ao final do processo deve ensejar a absolvição do acusado, fazendo coisa julgada material e impedindo nova persecução penal sobre o mesmo fato, diferentemente do que no procedimento do júri, onde haverá, no mesmo caso, uma decisão de impronúncia.

³⁴ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993, p. 150-151.

Trata-se, assim, de outro grave problema na seara do tribunal do júri, em que as garantias individuais do acusado ficam à mercê de grave violação, algo nefasto em um Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, impende uma breve análise comparada do procedimento do júri, a fim de estabelecer as principais divergências e características do método brasileiro em relação a outros países, especialmente no ponto nevrálgico do tema: a questão da incomunicabilidade dos jurados.

2.4. Breves Considerações do Júri no Direito Comparado

De um modo geral, os países que adotam a instituição em seus ordenamentos jurídicos admitem a comunicabilidade dos jurados, em especial aqueles que exigem a unanimidade e o consenso das decisões. Em alguns casos, o conselho de sentença, além de ser composto por populares, é formado, também, por juízes togados, em uma sistemática denominada escabinato ou assessorado.

Na Inglaterra, onde o júri se moldou com a caracterização que possui nos dias de hoje, observa-se que a instituição sofre constante declínio. Com o surgimento dos juízes de paz, a competência para os julgamentos perante o júri não atinge, nos dias atuais, sequer 3% dos casos criminais.³⁵ O corpo de jurados inglês é formado por doze indivíduos e, para que haja a efetivação de uma decisão condenatória, o veredicto deve contar, no mínimo, com dez dos doze votos, em um sistema de “maioria qualificada”. Caso a decisão condenatória não alcance o patamar de dez votos, o acusado é submetido a novo julgamento, contando com novos jurados. Porventura, se neste novo júri a decisão condenatória também não alcançar a contagem de dez votos, o réu deve ser considerado inocente e absolvido do fato a ele imputado. No júri inglês, os jurados gozam de plena comunicação entre si e o magistrado apenas intervém no debate para garantir que as questões de fato sejam apreciadas e o desfecho, portanto, apropriado ao caso.

³⁵ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 2ª ed. rev. ampl. e atual. À luz das Leis 11689/08; 11.690/08; 11.719/08; e Lei 11.900/09: Videoconferência.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.46.

Nos Estados Unidos, tanto causas cíveis quanto penais são julgadas, uma das características mais marcantes da instituição no país. Cada Estado norte-americano possui uma maneira de estruturar seus julgamentos, podendo variar a quantidade de jurados (nunca menos do que seis) e a forma de decisão: por unanimidade (obrigatória nos casos de pena de morte) ou por maioria de dois terços dos votos. Nos cortes federais, o corpo de jurados deve ser composto por doze indivíduos e a decisão deve ser unânime, por entender-se que, assim, a decisão é revestida de maior representatividade. Esta, na verdade, é a regra no país e, para tanto, deve haver diálogo entre os juízes leigos. A formação do conselho de sentença, por sua vez, permite às partes a formulação de questionamentos aos jurados sobre temas variados, de modo a conhecer seus posicionamentos e, eventualmente, recusá-los. Prevalece o entendimento de que o julgamento popular é um privilégio do acusado, do qual ele pode abrir mão.

Na França, por sua vez, os julgamentos populares marcaram a ideologia da Revolução de 1789, pois pretendiam findar com a impositividade dos magistrados que costumeiramente cediam aos interesses da monarquia, consolidando um regime absolutista. Neste sentido, a instituição do júri, promovendo a participação popular, libertou o judiciário francês do poder executivo e tencionou efetivar a *“liberdade de decisão dos jurados, igualdade perante a justiça e fraternidade no exercício democrático do poder”*.³⁶

Neste período pós-revolucionário, tendo em vista a intenção primordial de proteger o indivíduo contra o poder absoluto do estado, a decisão nos julgamentos populares era exercida por doze pessoas, sendo necessário, para um decreto condenatório, um total de dez votos. Ocorre que desde a sua instituição, o júri francês sofreu diversas modificações, particularmente com a mitigação dos ideais revolucionários: poucos anos após a Revolução, a decisão condenatória passou a ser autorizada por sete dos doze indivíduos integrantes do corpo de jurados, com o intuito de “não favorecer a impunidade”.

Atualmente, o modelo francês prevê que o júri deve ser formado por nove jurados e três magistrados, exigindo-se, para um decreto condenatório, a maioria de

³⁶ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. **À luz das Leis 11689/08; 11.690/08; 11.719/08; e Lei 11.900/09: Videoconferência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 50.

dois terços, ou seja, oito dos doze votos. A decisão, contudo, é individual, secreta, imotivada e formulada por meio de quesitos.

Um dos sistemas mais interessantes à nossa pesquisa talvez seja o delineado pelo ordenamento espanhol. Na Espanha, as partes podem entrevistar os jurados com o intuito de delinear seus perfis sociais, psicológicos, econômicos, políticos e, a partir disso, filtrar eventuais preconceitos ou racismos que possam influenciar no julgamento do fato. Tais entrevistas costumam ser assistidas por psicólogos, sociólogos e antropólogos a fim de selecionar indivíduos que compreendam a questão que será debatida em plenário, compreendendo um sistema de escolha muito mais legítimo do que o brasileiro, no qual o juiz escolhe discricionariamente quem bem quiser para compor a lista.

Além disso, o sistema espanhol permite que as partes pactuem pela dissolução do julgamento perante o júri nos casos em que haja consenso acerca de um decreto condenatório. Para isso, contudo, a pena aplicada não pode ser superior a seis anos de reclusão. Neste caso, também é vedada à aplicação cumulada de pena de multa e privativa de liberdade. No mesmo sentido, caso o órgão acusador entenda pela absolvição do réu, não há sequer julgamento: o corpo de jurados é desfeito e o acusado, de pronto, absolvido.

Ora, verifica-se outro ponto muito mais legítimo do Júri espanhol em contraponto ao brasileiro: aqui, mesmo que o órgão acusador esteja convencido da inocência do réu, da ausência de provas a ensejar uma condenação, ou de qualquer outro elemento que afaste a possibilidade de aplicação de uma pena, deve postular a absolvição aos jurados, os quais poderão, mesmo assim, optar pela condenação, pois julgam pela íntima convicção e pelos ditames de suas certezas morais.

A votação no júri espanhol, por sua vez, é realizada de portas fechadas, sendo defeso a qualquer um dos jurados que, inclusive, são remunerados pelo exercício da atividade, contar o que ocorreu durante a deliberação. O voto, contudo, é proferido em voz alta, em grupo, por ordem alfabética e, para haver condenação, sete dos nove jurados que compõe o conselho de sentença devem se manifestar neste sentido.

Em Portugal, o tribunal do júri obedece ao sistema de escabinos, assim como na França. O corpo de jurados português é formado por três magistrados, quatro

jurados efetivos e quatro suplentes, que somente intervirão no julgamento no caso de algum efetivo se impossibilitar. No país, o julgamento perante o júri é facultativo e somente ocorrerá se as partes o requererem: a requisição, por sua vez, é irretratável. Todavia, um dos pontos mais interessantes no sistema português é a forma de deliberar quanto à condenação ou absolvição do acusado: embora todos os jurados deliberem sobre o caso em uma sala secreta (o que se passa na sala secreta não fica registrado nos autos), cada um deles deve explicitar os motivos pelos quais decidiu desta ou daquela maneira, referindo, sempre que possível, os meios de prova que ensejaram a decisão. A decisão, portanto, deve ser fundamentada.

Neste sentido, conclui Paulo Rangel:

A necessidade de fundamentação e de comunicação entre os jurados é típica de um sistema judicial amparado no regime democrático, no qual maioria, por si só, não significa democracia, mas sim consenso que, se for com a liberdade do outro, não tem validade.

O preço que se paga no júri, de um modo geral, em face do consenso que se alcança envolvendo a liberdade, é desproporcional à luta social, em diversos países, inclusive e, principalmente no Brasil, para se alcançar a democracia, e esta tem um preço que não pode ser a liberdade, porque foi exatamente em nome dela que se conquistou a democracia.³⁷

Observa-se, desta forma, que na maioria dos países referidos, o conselho de sentença é composto por um número bem mais significativo de jurados do que no Brasil, evitando, assim, a possibilidade de uma condenação onde há claramente uma dúvida razoável (dúvida aritmética), a exemplo dos julgamentos encerrados por votações quatro a três, situação que, no mínimo, revela incertezas acerca da legitimidade da decisão.

Além disso, verifica-se uma tendência à maioria qualificada ou à unanimidade dos votos, bem como à fundamentação das decisões proferidas e à comunicabilidade dos jurados. Como se pode observar, quando comparada aos demais países abordados, a instituição do júri, da forma prevista no Brasil, apresenta

³⁷ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 2ª ed. rev. ampl. e atual. À luz das Leis 11689/08; 11.690/08; 11.719/08; e Lei 11.900/09: Videoconferência.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.58.

características absolutamente inquisitivas, oriundas de uma censura autoritarista: quando inaugurado no país, em 1822, o júri era composto por doze jurados que dispunham do debate entre si. Somente a partir da República, em 1938, o exercício da linguagem foi cassado dos jurados e assim continua até os dias de hoje, em absoluto confronto com o texto constitucional de 1988.

Sabidamente, impera no Brasil o livre convencimento motivado, princípio basilar do tribunal do júri, por meio do qual os jurados decidem conforme a consciência, sem a necessidade de motivar a deliberação ou, tampouco, indicar os elementos que os levaram a decidir neste ou naquele sentido. Não obstante a doutrina majoritária defenda esta peculiaridade no sistema jurídico brasileiro, impende uma análise acerca de sua conformidade constitucional.

3. JULGAMENTOS POPULARES: UMA FORMA DE DIREITO ANTIDEMOCRÁTICA

3.1 Imposição do Silêncio nos Julgamentos

O Tribunal do Júri está previsto no Título II, Capítulo I, artigo 5º, inciso, XXXVIII, do atual Diploma Constitucional brasileiro, local onde estão disciplinadas diversas garantias fundamentais do cidadão. Em razão disso, observa-se que a instituição dispõe da proteção do artigo 60, §4º, inciso IV, da Carta Magna, o que impede sua modificação pelo Poder Constituinte Derivado por meio de Emendas Constitucionais, constituindo-se, desta forma, em uma cláusula pétrea, e acorrentada, portanto, ao ordenamento jurídico brasileiro. No Código de Processo Penal, a instituição é regulada dos artigos 406 a 497; na Constituição, sob o título “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, apresenta a seguinte redação:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

Da leitura da norma transcrita, inferem-se os quatro princípios da instituição do Júri brasileiro: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A incomunicabilidade dos jurados, por sua vez, está prevista no artigo 466, §§1º e 2º:

“Art. 466 (...)

§ 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

§ 2º A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.”

De acordo com a doutrina brasileira, a norma prevista neste artigo pretende assegurar a proteção, independência e imparcialidade dos jurados que, resguardados sob a incomunicabilidade, podem formar de forma livre e segura suas convicções pessoais, sem influência de opiniões neste ou naquele sentido.³⁸ Em síntese, o objetivo da incomunicabilidade seria evitar ao jurado qualquer sorte de pressões ou receios, o que poderia deslegitimar a soberania de sua decisão.

Ocorre que a incomunicabilidade defendida pela doutrina brasileira é originária de um perverso sistema discriminatório, consagrado por uma política autoritária e segregacionista: foi na Era Vargas que o Tribunal do Júri passou a ser incomunicável e esta característica refletiu nada mais do que os ideais de censura da época.

Além disso, deve-se referir que há nítida distinção entre a medida infraconstitucional que prevê a incomunicabilidade e o princípio constitucional que obriga o sigilo das votações. Este último, salvo melhor juízo, apresenta justificativa muito mais legítima para garantir a segurança e independência pretendida ao jurado do que a própria incomunicabilidade. De acordo com Fauzi Hassan Choukr:

“Da mesma forma, ao sigilo do conteúdo do voto dos jurados, nenhuma ofensa causaria a obrigatoriedade de motivar as decisões, posto que isto não faz supor a necessidade de identificar os jurados que votaram de tal ou qual maneira, preservando o princípio constitucional.”³⁹

Compreensível que o ordenamento jurídico pretenda efetivar ao jurado garantias no sentido de proteger sua integridade moral, física e psicológica contra atos de familiares, terceiros envolvidos no julgamento e das próprias partes. Contudo, o sigilo que trata a constituição deveria ser interpretado de modo diverso: as impressões individuais dos jurados até poderiam permanecer sigilosas às partes

³⁸ MARREY, Adriano, **Teoria e Prática do Júri**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 364-365.

³⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 844.

e ao público, mas jamais entre si, inclusive porque a linguagem provida pelo debate, pela discussão e pela conversação, ou seja, pelo exercício da democracia processual, reduziria a injustiça das decisões e as revestiriam de maior representatividade.

Neste sentido é o entendimento de Gabriel Tarde, o qual refere que “a conversação é, antes da imprensa, o único obstáculo aos governos, o abrigo inexpugnável da liberdade; cria as reputações e os prestígios, determina a glória e, através dela, o poder.”⁴⁰ Embora a possibilidade de que um jurado exerça influência sobre o outro seja malvista por grande parte dos defensores da instituição, é ingênuo cogitar que a própria democracia esteja livre dela, pois, como afirma Paulo Rangel, até mesmo nas eleições periódicas, condição de um Estado Democrático, a influência demonstra-se presente.⁴¹

Ademais, se a preocupação com a influência dos jurados é tamanha, a justificativa para o julgamento popular torna-se ainda mais frágil: os jurados, carecedores das garantias da magistratura, inexperientes e desprovidos de conhecimento técnico, são muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, midiáticas e, inclusive, econômicas, favorecendo a possibilidade de corrupção no julgamento.

Embora os debates sejam realizados publicamente, frente ao réu, à vítima, aos familiares e a terceiros, o fim precípua do julgamento – o veredicto final – ou melhor, o seu conteúdo, permanece em sigilo. Não basta que os debates sejam públicos se a decisão não impende de motivação. Como afirma José Antônio Mouraz Lopes, *a publicidade é a confirmação de que a justiça tem que ser efectuada em nome do povo.*⁴² Apenas a motivação combinada à publicidade é capaz caracterizar um Estado de Direito Constitucional e Democrático, pois reconhece a legitimidade e a validade da jurisdição, em detrimento à tradição e à autoridade.

⁴⁰ TARDE, Gabriel. **A Opinião e as massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 129.

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 2ª ed. rev. ampl. e atual. À luz das Leis 11689/08; 11.690/08; 11.719/08; e Lei 11.900/09: Videoconferência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 240.

⁴² LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar**. Edições Almedina S.A.: Coimbra, 2011. p. 101.

3.2 A Arbitrariedade do Livre Convencimento Imotivado

Não há como negar que o Tribunal do Júri, em caráter universal, exerceu um importante papel como modo de superação de Estados e sistemas inquisitórios, propiciando a intervenção dos cidadãos no exercício do poder. Não obstante a contribuição história da instituição, os modelos procedimentais adotados nos dias de hoje não podem seguir os mesmos referenciais amparados por séculos passados⁴³: não há como negar, também, que a ideia de sete indivíduos escolhidos aleatoriamente para decidir pela íntima convicção sobre o destino da liberdade do outro constitui uma visão extramente reducionista do que seja uma instituição democrática.

O sistema de valoração da prova pela íntima convicção é o que há de mais obsoleto no tribunal do júri brasileiro. Não há nada mais autoritário do que um julgamento no qual o acusado, a sociedade e as próprias partes do processo não saibam a razão de eventual condenação, desclassificação ou absolvição. Por meio da íntima convicção, julga-se pela consciência, sem necessidade de basear a decisão em provas, fatos ou critérios de avaliação destes elementos: a intuição e a subjetividade transformam-se em características fundamentais deste sistema. Segundo Taruffo:

Según este concepto, la valoración de las pruebas y, por lo tanto, las decisiones sobre los hechos, sería el fruto de una persuasión interior, inescrutable e irreduciblemente subjetiva, que por razones desconocidas surge en el alma (no necesariamente en la mente) del juez. De hecho, está claro que esta interpretación del principio de la

⁴³ Sobre essa evolução, GOMES refere que “A íntima convicção, em que pese ser uma ideia de avanço, depois de muitos séculos de um sistema opressivo e inquisitório, por outro lado, manteve, agora, no extremo oposto, uma total liberdade para o poder jurisdicional, que, aliada a um modelo inquisitório de processo, continuou a reproduzir transgressões a direitos individuais, já que os réus poderiam ser condenados sem saber com base em qual fundamento, pois valeria a livre apreciação do juiz sem necessidade de demonstrar as suas razões. Assim, o sistema abre um caminho de plena liberdade ao julgador, mas de total insegurança para o indivíduo, pois não há garantia alguma sobre os critérios de racionalidade da decisão. Entretanto, esse modelo é adotado, de certa forma, no júri brasileiro, pois os jurados julgam por íntima convicção, de forma sigilosa, sem comunicar-se entre si, havendo a decisão por maioria de votos e sem fundamentação direta por cada jurado. Trata-se, de acordo com a doutrina majorante, de uma exceção prevista no art. 5º, XXXVIII, “b”, da CF do Brasil em relação à necessidade de fundamentação das decisões judiciais prevista no artigo 93, IX, do referido diploma legal” (GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 155).

libre convicción del juez representa el fundamento de una concepción radicalmente irracionalista de la decisión sobre los hechos.⁴⁴

É a íntima convicção que sustenta a afirmativa de que nos julgamentos populares o acusado é julgado acima dos limites inflexíveis da lei. Alguns se referem, neste contexto, ao direito à plenitude de defesa, previsto constitucionalmente como basilar da instituição e por meio do qual se compreende que a defesa pode se utilizar argumentos que extrapolem o universo jurídico, apelando à emoção e ao sentimentalismo dos jurados, bem como a matérias multidisciplinares, constituindo ao acusado uma garantia mais ampla do que a própria ampla defesa.

Ocorre que a recíproca também é verdadeira: a acusação, do mesmo modo, pode apelar a argumentos extraprocessuais e a discursos vulgares de violência, com o intuito de convencer os juízes leigos não somente da veracidade do fato imputado ao réu, mas de convencê-los a condenar por qualquer razão, mesmo que alheia aos autos. Ora, qualquer possibilidade neste sentido deve ser rechaçada do ordenamento jurídico, pois a única maneira de se efetivar um Estado de Direito Constitucional é por meio da limitação do poder de punir que, no tribunal do júri, fica à mercê da arbitrariedade, especialmente, pela íntima convicção.

Segundo Tourinho Filho:

De acordo com esse sistema, o Juiz não estava obrigado a exteriorizar as razões que o levaram a proferir a sentença; atribuía às provas o valor que bem quisesse e entendesse, podendo, até, valer-se do conhecimento extraautos, mesmo sem nenhuma prova nos autos; decidia de acordo com a sua íntima convicção, sem se deixar dominar pelo que havia no processo.⁴⁵

Se a íntima convicção permite ao jurado não se vincular ao processo, permite, da mesma forma e obviamente, que julgue sem observar qualquer garantia

⁴⁴ TARUFFO, Michele; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; PÉRES, Alfonso Candau. **Consideraciones sobre La prueba judicial**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, pp. 22-23.

⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 522

constitucional ou processual do acusado⁴⁶. Como assegurar que um réu acusado pela prática de um crime doloso contra a vida, ao ser julgado pelo tribunal popular, tenha respeitado o princípio do *in dubio pro reo* no momento da decisão final? Como proporcionar de maneira justa o direito à recorribilidade da decisão se, sem a devida fundamentação, não se pode sequer rebater os argumentos condenatórios, tendo em vista que são desconhecidos?

Como afirma Aury Lopes Jr., “a decisão dos jurados é absolutamente ilegítima porque carecedora de motivação. Não há a menor justificação (fundamentação) para seus atos. Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão.”⁴⁷. Segundo o autor:

A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo. A ‘íntima convicção’, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela ‘cara’, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação.⁴⁸

Edilson Mougenot Bonfim, promotor de justiça e defensor do júri, refere: “trata-se, assim, de mais uma oportunidade de se ‘vestir o processo’ com as roupagens do conceito social que tinham vítima e réu, antes do delito”.⁴⁹ Esta afirmativa reflete a filosofia dos julgamentos populares, nos quais, muito mais do que

⁴⁶ Cabe observar a ponderação de LOPES, que observa que “A esta discricionariedade vinculada contrapõe-se a exigência de uma segunda garantia de racionalidade que se concretiza na justificação ou fundamentação da livre escolha e valoração efectuada pelo juiz. Tudo isto para que se evite ou impeça a possibilidade de arbítrio no domínio da valoração da prova decorrente de uma actuação dominada pelas impressões ou afastada do sentido determinado de um conjunto de regras que devem condicionar a valoração. A fundamentação da decisão de facto cumpre precisamente a função de controlo daquela discricionariedade, obrigando o juiz a justificar as suas próprias escolhas” (LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português**: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 234-235).

⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1097.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 1078-1079

⁴⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **O novo procedimento do júri: comentários à lei n. 11.689/2008**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

o fato, o homem está em avaliação. Não pretendemos defender com unhas e dentes os atos decisórios de um juiz togado, tendo em vista que nem mesmo a exigência de motivação é capaz de eliminar a subjetividade e eventuais injustiças dela oriundas. A motivação, contudo, permite a redução de danos irreparáveis à liberdade, bem como o exercício de garantias fundamentais, fundamentos da democracia.

O livre convencimento imotivado rompe com a ideologia de um estado de direito constitucional por permitir que alguém seja julgado por sua “roupagem social”, e não pelo fato típico; por impossibilitar o contraditório e a plenitude de defesa pelo total desconhecimento dos argumentos decisórios; por permitir que um simples equívoco ao efetuar o depósito de uma cédula na urna tenha o preço da liberdade humana. Sabidamente, José Antônio Mouraz Lopes aduz que *os tribunais e os juízes devem (têm) que prestar contas pelo exercício das suas funções nomeadamente pelas decisões que proferem.*⁵⁰ Neste sentido:

Finalmente, o dever de prestar contas reflecte-se directamente na tutela do ressarcimento de danos causados ao cidadão por virtude do exercício da função jurisdicional nomeadamente, quando estão em causa actos que directamente são susceptíveis de leva a uma responsabilização directa. A efectivação da responsabilidade decorre directamente da apreciação das decisões judiciais. A apreciação dos pressupostos de facto que estão concretamente na base de uma decisão e a sua relevância em termos de revelarem qualquer tipo de erro grosseiro cometido pelo juiz, decorrem directamente da fundamentação.⁵¹

3.3. Tribunal do Júri: Uma Garantia Transviada

Aqueles que defendem o júri tratam a instituição como uma dupla garantia, tanto do cidadão quanto da sociedade: desta, por permitir a participação popular directamente na administração da justiça e, daquele, dentre outros argumentos, por ser julgado pelos seus semelhantes e acima dos limites inflexíveis da lei, tudo em razão da previsão constitucional. Mas seria razoável afirmar, sem qualquer raciocínio acerca das implicações práticas deste tipo de julgamento, que o tribunal do júri é

⁵⁰ LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar.** Edições Almedina S.A.: Coimbra, 2011. p. 147.

⁵¹ *Ibidem*, p. 148.

sinônimo de garantia pelo simples fato de seu procedimento estar previsto no artigo 5º da Constituição Federal?

Como já referido anteriormente, não há como negar a importância histórica da instituição. Contudo, não se pode permanecer em uma eterna estagnação dogmática a fim de justificar a existência dos julgamentos populares ainda nos dias de hoje, isto porque o julgamento perante o tribunal do júri desrespeita o ponto principal do catálogo de direitos fundamentais no âmbito do processo penal no momento em que autoriza algo absolutamente insustentável: a prolação de uma sentença imotivada. Ora, o dever de fundamentação consagra a proteção dos direitos do cidadão e é o elemento que torna do processo uma garantia. A exposição das razões decisórias é a chave que permite o controle e a redução da arbitrariedade de um poder público que originariamente se sustenta em uma legitimidade autoritária.⁵²

Como observa José Antônio Mouraz Lopes, o caráter democrático do dever de fundamentar todas as decisões, inclusive as insuscetíveis de recurso, é demonstrado por suas consequências: somente desta forma permite-se concretizar os limites da decisão e o objeto do processo, possibilita-se o controle da jurisdição por parte de seus destinatários diretos e da sociedade, além de consolidar a segurança jurídica.⁵³ Muito embora seja ingênuo cogitar que a motivação das decisões penais implica imediatamente na acepção de justiça, sua obrigação exige a demonstração de uma racionalidade democrática. De acordo com Perfecto Andrés Ibáñez:

Efetivamente, por mais modesto que seja o alcance dado ao dever de motivar, o simples fato de ampliar o campo do observável da decisão, não só para os destinatários diretos da mesma, mas, também, ao mesmo tempo e inevitavelmente, para terceiros, comporta para o autor da mesma a exigência de um princípio ou um adicional de justificação do ato; e uma maior exposição deste à opinião.⁵⁴

⁵² LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar.** Edições Almedina S.A.: Coimbra, 2011. p. 15.

⁵³ *Ibidem*, p. 141.

⁵⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da Prova e Sentença Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 61-62.

Não raramente, em julgamentos desta estirpe, deparamo-nos com situações inexplicáveis ou, no mínimo, injustas, inteligíveis devido à ausência de justificação. É o caso, a exemplo, de quando acusação e defesa concordam sobre o afastamento de uma qualificadora e, no momento da quesitação, alguns dos jurados a reconhecem. Neste caso, impossível desvendar se houve erro ou se o jurado, revestido de soberania, decidiu por sua íntima convicção com base em elementos desconhecidos.

Também não é raro verificar que em julgamentos populares o discurso acusatório costumeiramente permeia o direito penal do autor e procura convencer o jurado fundamentando seus argumentos em um código ideológico, composto por esteriótipos e pelo senso comum, em uma linguagem que extrapola os limites do processo e procura colocar o réu em posição de bode expiatório, isto valendo-se da violência e insegurança enfrentadas diariamente pela sociedade. Discorre-se sobre a reverberação da decisão das sentenças populares, como se o julgamento de um determinado indivíduo fosse influenciar a comunidade, em abordagens da função da pena há muito ultrapassadas pela doutrina. Contudo, qualquer indivíduo leigo em matéria jurídica, e até mesmo alguns com conhecimento na área, são facilmente seduzidos por estes discursos.

Alessandro Nepomocemo aponta os perigos deste código ideológico:

O senso comum sobre a criminalidade reproduz a ideologia da defesa social, separando a sociedade em honestos e desonestos, maus e bons, entre outras dicotomias que a mente humana pode construir com o intuito de justificar a desigualdade social.⁵⁵

Como chamar de garantia um julgamento que permite uma condenação que extrapole os limites da exordial acusatória, que acuse o réu, mesmo que indiretamente, de fatos alheios ao processo? Mesmo com a possibilidade da alínea “d”, inciso III, do artigo 593 do Código de Processo Penal, que prevê a viabilidade do recurso quando a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, a ampla defesa fica extremamente prejudicada ante o impedimento de impugnar de modo transparente o fundamento da condenação. Além disso, os

⁵⁵ NEPOMOCENO, Alexandre. **Além da lei – a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Renavan, 2004, p. 64.

tribunais superiores, diante da obscuridade das razões decisórias, sempre podem arguir a soberania dos jurados, sem, de fato, realizar um efetivo controle da jurisdição⁵⁶.

⁵⁶ Sobre o tema, STRECK refere que “tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando de ‘uma fundamentação da fundamentação’, traduzida por uma radical aplicação do art. 93,IX, da Constituição. E, a partir do exposto, entendo que é possível afirmar que, do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental a obtenção de respostas corretas/adequadas a Constituição. Essa é a especificidade do direito. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais.”(STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio Luiz (org) **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 169.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propusemo-nos a refletir sobre a crise de legitimidade que assola o tribunal do júri brasileiro, instituição em absoluto conflito com os vínculos de garantia à vida e à liberdade do indivíduo, previstos pela Constituição da República no intento de conter o arbítrio punitivo do poder público. Ainda que estes vínculos sejam defendidos e previstos por todas as Constituições consideradas evoluídas humanisticamente, seus ideais garantistas são corriqueiramente violados por procedimentos e leis inadequadas sob suas perspectivas limitadoras.

Como foi visto, as garantias limitadoras do poder público são fundamento precípuo de um Estado de Direito Constitucional e instituem o único modo de assegurar os direitos subjetivos do cidadão contra a violência intrínseca do sistema penal, de natureza originariamente brutal e arbitrária. Por esta razão, os critérios de racionalidade e justificação do poder público devem ser invioláveis ante qualquer conflito entre liberdade, soberania, direitos individuais e segurança social.

Neste contexto, observamos a importância da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição brasileira, frente às inspirações democráticas, muitas vezes confundidas, em uma visão reducionista, com o simples consenso de uma maioria. Aqui, refletimos se os julgamentos populares, ao proferirem suas decisões pela maioria simples de sete indivíduos, escolhidos sem qualquer critério, impossibilitados de exercer a linguagem devido à censura imposta por uma lei ordinária, realmente consistem um instrumento da democracia.

Ora, pelo que foi demonstrado, entendemos que não. A instituição do júri, da maneira que é prevista, funciona como instrumento de manipulação do medo e da insegurança, permitindo que os jurados, escondidos sob a imposição imperialista do silêncio, transfiram as suas frustrações e as frustrações da sociedade ao outro – ao acusado – em um verdadeiro sepultamento do direito penal do fato.

O Direito deve buscar a máxima aproximação com a justiça, já que a efetivação da justiça no caso concreto é (ou deveria ser) a finalidade de todos os procedimentos, especialmente dos procedimentos penais, em que as consequências subjacentes de uma decisão injusta são quase sempre devastadoras, pois a aplicação de uma pena, proferida por meio de uma sentença, trata diretamente do direito e da privação da vida e da liberdade humana.

Para alcançar esta funcionalidade, é necessária a redução dos espaços arbitrários por espaços de racionalidade, diminuindo a probabilidade de uma decisão ser baseada em juízos equivocados e, portanto, injusta. Ora, o requisito mínimo de legitimidade de uma decisão jurídica, pensada pelos critérios de justiça social, é a exigência de fundamentação. Apenas a fundamentação das decisões judiciais concretiza a possibilidade de controlar a arbitrariedade, de tornar pública a administração da justiça, de permitir o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

No Tribunal do Júri, a verificação e a validação da hipótese acusatória ocorre perante o conselho de sentença, após a explanação da acusação e defesa que, durante os discursos, podem discorrer sobre elementos absolutamente alheios ao processo, visando o convencimento do jurado leigo. Este, por sua vez, revestido de soberania, dá fim ao caso concreto sem a necessidade de objetivar sua decisão, a qual pode ter sido formulada pelos mais diversos fundamentos, inclusive religiosos e discriminantes. Nestas circunstâncias, com uma decisão condenatória em mãos, a defesa estará impedida de exercer o contraditório, pois os elementos que ensejaram a sentença são e permanecerão desconhecidos. Além disso, em razão da soberania dos jurados, a expectativa de reforma de uma decisão injusta fica ainda mais distante.

Não obstante a capacidade de extirpar princípios como o da correlação entre a denúncia e a sentença (fundamentalmente pela inexistência de motivação), procedimentos desta estirpe permitem condenações onde há dúvida razoável, aniquilando, também, o princípio do *in dubio pro reo*⁵⁷. Isso se verifica, a exemplo, em julgamentos em que o acusado é condenado por uma votação encerrada por quatro votos a três, havendo, nestes casos, 57,14% de consenso entre os jurados acerca da condenação.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS chama à atenção para essa questão, o que tem inteira aplicação em caso que fosse julgado nos moldes do sistema de júri brasileiro, sem qualquer racionalidade, sem motivação, observando que: “à luz do princípio da investigação bem se compreende, efectivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, que à pena) que, apesar de toda a prova recolhida não possam ser subtraídos à ‘dúvida razoável do tribunal’, também não possam considerar-se como ‘provados’. E se, por outro lado, aquele mesmo princípio obriga em último termo o tribunal a reunir as provas necessárias à decisão, logo se compreende que a falta delas não possa, de modo algum, desfavorecer a posição do arguido: um non liquet na questão da prova – não permitindo nunca ao juiz, como se sabe, que omita a decisão (art. 110º, 2 do EJ e art. 286º do CP), - tem de ser sempre valorado a favor do arguido. É com este sentido e conteúdo que se afirma o princípio *in dubio pro reo*” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 213).

O julgamento popular, nos moldes previstos em nossa legislação, acaba com a garantia de ser julgado com base na prova judicializada. Consabido, o próprio legislador diferenciou as terminações “elementos de informação”, contidos no inquérito policial, com as “provas”, contidas no processo, oportunidade em que o contraditório é finalmente exercido. Contudo, as discussões perante o Tribunal do Júri podem (e muitas vezes são) baseadas em atos da fase policial, e os jurados, além de receberem os autos físicos do inquérito, também podem decidir com base exclusiva em seus elementos.

Em síntese apertada, estas são apenas algumas das problemáticas da instituição que, da forma como é delineada pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se em absoluto descaso com as conquistas democráticas e humanísticas consagradas pela Constituição. A perpetuação dos julgamentos populares da maneira como ocorrem no Brasil, implica, da mesma forma, na perpetuação da interpretação da Carta Magna sob a ótica da legislação ordinária, o que é inadmissível em um Estado de Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERNAZ, Flávio Böechat. O princípio da motivação das decisões do conselho de sentença. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 19.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: agosto de 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: agosto de 2016.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CHOUKR, Fauzin Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1.ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosh, 1935, p.67.

GOMES, Márcio Schlee. **Júri: limites constitucionais da pronuncia.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010.

_____. **A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el Estado de Derecho.** Lima: Grijley, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

IBÁÑES, Perfecto Andrés. **Valoração da Prova e Sentença Penal.** Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

KELSEN, Hans. **A democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade real: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar.** Edições Almedina S.A.: Coimbra, 2011.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. **Revista ANAMATRA.** São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

MARREY, Adriano. **Teoria e Prática do Júri.** 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2004.

NEPOMOCENO, Alexandre. **Além da lei – a face obscura da sentença penal.** Rio de Janeiro: Renavan, 2004.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 2ª ed. rev. ampl. e atual. À luz das Leis 11689/08; 11.690/08; 11.719/08; e Lei 11.900/09: Videoconferência.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

SANDEL, Michel J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa.** 17ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo.** v. 1, [s. l.], Editora Ática, 1994.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.** In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio Luiz (org) **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARDE, Gabriel. **A Opinião e as massas.** São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 129.

TARUFFO, Michele; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; PÉRES, Alfonso Candau. **Consideraciones sobre La prueba judicial.** Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2010.

ZAFARRONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.