

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

DANIEL RIBEIRO SURDI DE AVELAR

**O TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

**CURITIBA
2012**

DANIEL RIBEIRO SURDI DE AVELAR

**O TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre, ao Programa de
Pós-Graduação em Direito das Faculdades
Integradas do Brasil – Unibrasil.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.
Co-orientador: Prof. René Ariel Dotti.

**CURITIBA
2012**

À minha amada esposa, Soraya, por todo o amor, incentivo, paciência e carinho para comigo na construção da presente dissertação. Agora, outros sonhos nos esperam...

À minha mãe, Maria do Céu de Avelar, por ter verdadeiramente inspirado a minha vida profissional. Por ser um exemplo de que a força de vontade, a coragem, a inteligência e o estudo vencem todas as dificuldades de uma vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que me ajudaram na construção da presente dissertação. Aos meus familiares queridos, por toda a ajuda, amor, carinho e apoio que sempre somaram na minha pessoal, profissional e acadêmica.

Aos meus colegas de mestrado, pela caminhada que juntos fizemos desde os primeiros dias de aula. Em especial, ao Dr. Rodrigo Fauz pelo valioso empréstimo das várias obras jurídicas e pelo contínuo interesse na discussão a respeito do Tribunal do Júri. Ao amigo, Miguel G. Godoy, pela ajuda na exegese dos temas referentes à democracia deliberativa e participativa.

A todos os servidores da 02ª Secretaria Privativa do Tribunal do Júri de Curitiba, os quais sempre me incentivaram, vibraram e me ajudaram a construir um “novo” (e democrático) corpo de jurados em Curitiba-PR.

Aos ilustres Promotores de Justiça e advogados que diuturnamente labutam na “arena das palavras” do Tribunal de Júri de Curitiba e que com suas impugnações foram fonte valiosa na construção de muitas das reflexões do presente trabalho.

Agradeço também aos colegas e professores do Programa de Formación Especializada en Teoría Crítica de los Derechos Humanos da Universidade Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha, pelas discussões travadas em sala de aula, as quais contribuíram para a construção de uma “nova” visão dos Direitos Humanos.

Ao meu Orientador, Dr. Clèmerson M. Clève pela disponibilidade em me orientar e pelo acolhimento ao escutar as agruras e compreender as insuficiências desse mestrando.

Ao meu Co-orientador, Prof. René Ariel Dotti. Falar do Tribunal do Júri e não citá-lo seria o maior desrespeito que poderia ser ministrado ao Tribunal Popular. Obrigado pelo incentivo desde o início dessa empreitada.

Ao Prof. Dr. Jacinto N. de Miranda Coutinho, pelas lições e genialidade de sempre. “Patrono de Otelo” e professor de todos os amantes do Processo Penal. Obrigado pelas bem lançadas críticas que em muito ajudaram no desenho final da presente dissertação.

E, ao final, aos amigos de sempre que, se fosse agora nominá-los, outras tantas folhas seriam necessárias.

“A participação direta do cidadão nas decisões judiciais é um símbolo de democratização, independência judicial e de desburocratização do sistema judicial, pois, mostra-se impossível imaginar-se um Estado autoritário em cujo sistema judicial se inclua o julgamento popular e, historicamente não se conhece uma forma de governo autocrático na presença de tribunais integrados por jurados”. (Lord Gareth Williams, Cf. MAIER, Julio B. J. **Antología. El proceso penal contemporáneo**, Lima, Perú, Palestra Editores: 2008, p. 651-652).

SUMÁRIO

RESUMO.....	i
ABSTRACT.....	ii
INTRODUÇÃO.....	1
1. DAS ORIGENS REMOTAS DO TRIBUNAL POPULAR.....	4
1.1. DAS LEIS MOSAICAS.....	6
1.2. DOS TRIBUNAIS DOS HELIASTAS.....	8
1.3. DAS QUESTIONES PERPETUAS.....	11
1.4. DOS TRIBUNAIS WEHMICOS.....	13
2. TRIBUNAL DO JÚRI: UM RECORTE NO DIREITO COMPARADO.....	16
2.1. INGLATERRA.....	16
2.2. ESTADOS UNIDOS.....	22
2.3. FRANÇA.....	33
3. O TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO PÁTRIO.....	38
4. DO REFERENCIAL DEMOCRÁTICO.....	66
4.1. ALGUMAS DIMENSÕES DA DEMOCRACIA.....	66
4.2. DA (UTÓPICA) DEMOCRACIA DIRETA E A CONSTRUÇÃO DO MODELO REPRESENTATIVO.....	70
4.3. DAS DISTORÇÕES DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	82
5. DO MODELO DELIBERATIVO.....	90
5.1. DA DELIBERAÇÃO PÚBLICA COMO FUGA AO MODELO AGREGATIVO... ..	90
5.2. DA (DES)NECESSIDADE DA BUSCA PELO CONSENSO.....	98
6. O JÚRI COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.....	105
6.1. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	105
6.2. DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA A PARTIR DO NOVEL PROCEDIMENTO DO JÚRI – UM TRIBUNAL AINDA MAIS DEMOCRÁTICO.....	109

6.2.1. Dos requisitos constitucionais do Tribunal do Júri e a da possibilidade de ampliação da sua competência.....	114
6.2.2 Do alistamento dos jurados e a busca pela perfeita representatividade da sociedade.....	124
6.2.3. Da publicidade e fiscalização da lista geral.....	130
6.2.4. Da “quarentena” para o exercício da função de jurado.....	135
6.2.5. Da capacidade para o exercício da função de jurado e a intolerância para com qualquer forma de discriminação.....	136
6.2.6. Do sorteio e composição do Conselho de Sentença.....	141
6.2.7. Do conhecimento a respeito dos fatos levados a julgamento.....	144
6.2.8. A publicidade, oralidade e a participação do jurado durante a instrução em plenário.....	147
6.2.9. A simplificação do questionário como forma de instrumentalizar a verdadeira manifestação da vontade do cidadão-jurado.....	152
6.2.10. O julgamento sem motivação externa como supedâneo da participação do cidadão-jurado e instância do exercício democrático.....	154
7. A REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/09) E A BUSCA PELO DIÁLOGO NO TRIBUNAL POPULAR.....	158
CONCLUSÕES.....	171

RESUMO

Não há dúvida de que o Tribunal do Júri guarda estreita ligação com os ideais democráticos do Estado brasileiro, pois, além de propiciar o julgamento do acusado por seus pares, traduz-se na efetiva participação popular na administração da justiça. A participação popular nos julgamentos operados no Tribunal de Júri é de suma importância, vez que oxigena (e legitima) a justiça criminal e se traduz no exercício prático da democracia deliberativa no âmbito Poder Judiciário. Com isso não se quer afirmar a existência de uma deficiente prestação jurisdicional por parte do juiz togado, mas quer-se ressaltar que a participação popular pode exercer um importante papel de controle (político) do tecnicismo legal, atenuando uma dimensão ideológica formatada por súmulas e enunciados, em detrimento de uma apreciação mais humana dos fatos. Formas diferentes de julgamentos populares vêm sendo praticadas desde as Leis Mosaicas até os dias de hoje. Porém, todas giram em torno da existência de um ilícito e da competência atribuída a representantes do povo para decidirem acerca dos fatos. Daí extraí-se sua essência de garantia do cidadão contra a aplicação arbitrária da lei ou da vontade do déspota. Instituído no Brasil pelo Decreto de 18 de junho de 1822, seu trilhar em solo nacional pisa os mesmos passos da construção democrática, ora avançando, ora recuando sob as intempéries ditatoriais, mas nunca solapado. O Tribunal do Júri continua cumprindo sua missão de índice da democracia e expressão da liberdade. Seu novel procedimento forjado pela Lei nº 11.690/08 aprimorou ainda mais seus viés deliberativo, garantindo uma maior participação popular nos julgamentos operados perante o Tribunal do Júri. Contudo, de nada adiantaria garantir a participação do jurado no momento da colheita da prova se, no ato culminante da decisão, o mesmo não pudesse interagir com os demais jurados. O ato de decidir não pode se consubstanciar num *decisium* solipsista de pura consciência. Vale dizer, a democracia apenas se vivifica quando a tomada de decisão (mesmo aquelas operadas pelo Poder Judiciário) se dá por meio de um debate coletivo no seio de um espaço público de deliberação. E é justamente esse aprimoramento e entrelaçamento entre o procedimento do Tribunal do Júri e a democracia deliberativa que se deseja edificar no presente trabalho, seja resgatando a gênese (igualitária) da participação popular, seja buscando a construção de um novo rito que guarde consonância com a ideia de deliberação e construção da decisão a ser tomada.

Palavras-Chave: Tribunal do Júri e democracia deliberativa.

ABSTRACT

There is no doubt that the jury Court is closely linked to the democratic ideals of the Brazilian state, because, besides providing the trial of the accused by his peers, is reflected in effective popular participation in the administration of the justice. Popular participation in trials performed in the Court of Jury is of paramount importance, since aerate (and legitimate) criminal justice and is reflected in the practical exercise of deliberative democracy within the Judiciary. This does not want to assert the existence of a deficient judicial provision by the judge, but wants to emphasize that the public participation can play an important role of control (political) of legal technicality, mitigating an ideological dimension listed and formatted by overviews, rather than a human review of the facts. Different forms of popular trials have been conducted since the Mosaic laws until today. However, all revolve around the existence of an illicit one and the jurisdiction conferred on the representatives of the people to decide about the facts. Hence it is extracted its essence of guarantee of the citizens against the arbitrary application of the law or the will of the despot. Instituted in Brazil by Decree of June 18, 1822, its trail on national soil treading the same steps of democratic construction, by advancing, by receding under inclement dictatorial, but never overridden. The jury Court continues fulfilling its mission of index of democracy and freedom of expression. Its new procedure forged by the law No. 11.690/08 has enhanced even more their deliberative bias, ensuring greater popular participation in the trials operated before the Court of the jury. However, there is no point in ensuring the participation of the jury at the time of collection of evidence if in the culminating act of decision, it could not interact with the other jurors. The Act of deciding cannot substantiate a solipsistic decision of pure consciousness. In other words, democracy only comes alive when the decision (even those operated by the Judiciary) is through a collective debate within a public space for deliberation. And it is precisely this enhancement and interweaving between the procedure of the Court of the jury and the deliberative democracy that if it is to achieve on this work by rescuing the Genesis (equal) of popular participation, by seeking the construction of a new rite to keep consistent with the idea of deliberation and construction of the decision to be taken.

Keywords: Jury Court and deliberative democracy

INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 batiza a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (art. 1º) e reza que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou **diretamente**, nos termos da Carta Magna (CF, art. 1º, parágrafo único).

O Tribunal do Júri, por sua vez, encontra gênese constitucional e está alojado no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), artigo 5º, inciso XXXVIII, norma compreendida no núcleo intangível e imodificável da Constituição e asilo inviolável da democracia.

Tendo a Constituição Federal resguardado a instituição do Júri no seio do art. 5º, XXXVIII, não há dúvida de sua estreita ligação com os ideais democráticos do Estado brasileiro, pois, se por um lado garante o julgamento do acusado por seus iguais, de outro, oxigena a justiça criminal com a participação popular. “Por meio dos votos, o povo elege seus representantes e por meio do veredicto a população aplica suas leis”¹.

A democracia não pode ser entendida unicamente como uma forma de governo. Sua exegese igualmente embala a ideia da participação livre do cidadão na vida política de seu Estado e nos poderes que o constituem. Assim, identifica-se no Tribunal do Júri uma das formas de exercício da democracia, de vivência social e de prática deliberativa no âmago do Poder Judiciário, pois, em seu interior, “cidadãos aprendem a democracia participando dos processos de decisão do poder (jurisdicional) estatal sem perder o senso crítico nas divergências de opiniões dentro do grupo heterogêneo que deve ser o conselho de sentença”². “Considerado em relação à liberdade política, o Júri é o mais firme baluarte dela, a mais sólida garantia da independência judiciária”³.

A participação direta do cidadão nas decisões judiciais é um símbolo de democratização, independência judicial e de desburocratização do sistema

¹ BONFIM, Edilson Mougenot; PARRA NETO, Domingos. **O novo procedimento do júri**. São Paulo: Saraiva, 2009, 02.

² RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão lingüística, histórica, social e jurídica, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 16.

³ Trata-se da afirmativa feita em 1857 por Pimenta Bueno. *Apud* FRANCO, Ari Azevedo. **Código de processo penal**. vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 226.

judicial, pois, mostra-se impossível imaginar-se um Estado autoritário em cujo sistema judicial se inclua o julgamento popular e, historicamente não se conhece uma forma de governo autocrático na presença de tribunais integrados por jurados (Lord Gareth Williams)⁴. Assim, deve a justiça “facilitar a colaboração e participação do povo, dando ao processo um conteúdo mais democrático, tornando-o acessível e viável”⁵.

O Tribunal do Júri exerce importante papel de garantia e controle do Poder Judiciário, de “atenuação da dimensão ideológica impressa pelo grupo dominante” (Kátia Duarte de Castro), sendo reconhecido como “a pedra angular da democratização da justiça” (James Tubenchlak⁶), cuja trajetória mede o curso da civilização (Rui Barbosa). Ainda, contribui para a educação cívica e legitimação democrática, especialmente quando agregado a um procedimento que concretize a verdadeira deliberação popular.

A democracia evoca um conceito de igualdade, de horizontalidade de poder, a qual apenas se faz efetiva quando perfectibiliza a simetria de ação democrática. Igualdade essa que não se satisfaz com a mera participação leiga no ato de votar do Conselho de Sentença, vez que deve ser construída durante todo o percurso, ou seja, desde o momento em que se escolhe quem poderá ser alistável, sua forma de escolha, os limites de sua competência, participação e o *iter* procedimental.

⁴ Para Lord Gareth Williams, a instituição do julgamento popular não correspondia apenas a uma das bases, mas antes, o primeiro fundamento daquilo que os ingleses denominaram democracia: um direito de ser julgado por um júri de vizinhos e não por funcionários estatais. A presente passagem é retratada por Maier que, ao dissertar sobre a incorporação de “jueces accidentales o no profesionales” ao modelo de justiça na Ibero América, destacou: “La *participación ciudadana* en las decisiones judiciales, bien en el tradicional modelo del *juicio por jurados*, bien mediante la incorporación de *escabinos* que operan junto a los jueces profesionales, es, desde antaño, un símbolo de democratización, al crear el Estado de Derecho. No hay duda acerca de que, quien opta por tribunales con participación ciudadana, y en la medida en la que lo haga, prifeire los *controles externos* a la administración de justicia, para garantizar un juicio y una decisión más justos, a los *controles internos*, burocráticos, propios del Estado autocrático, como forma política, y de la Inquisición, como sistema punitivo”. (MAIER, Julio B. J. **Antología. El proceso penal contemporáneo**, Lima, Perú, Palestra Editores: 2008, p. 651-652).

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da justiça criminal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 349.

⁶ “Os Jurados são o ponto de contato entre o mundo real e o mundo jurídico; e o Júri é a pedra angular da democratização da Justiça, informando-a diuturnamente a respeito dos valores que deseja ver reconhecidos ou repudiados”. (TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri**. Contradições e soluções, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 194).

A análise da evolução histórica do Tribunal do Júri, do seu engajamento com o ideal de democracia e salvaguarda da liberdade⁷, bem como, a exegese crítica do seu atual procedimento (Lei n. 11.689, de 09/07/2008) e as futuras modificações advindas do PLS n. 156/09 é o que se pretende alcançar no presente trabalho.

1. DAS ORIGENS REMOTAS DO TRIBUNAL POPULAR

⁷ “A instituição do júri é considerada uma conquista dos cidadãos no exercício de seus poderes soberanos, pois a prerrogativa do julgamento pelos seus pares constitui uma forma de garantir os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. O júri foi tradicionalmente concebido como uma salvaguarda da liberdade, como uma forma de acesso a uma justiça autônoma e independente, instituída pelo senso comum do homem médio de uma dada comunidade”. (ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 04, n. 15, jul-set/1996).

As origens remotas do Tribunal do Júri é matéria que revolve as mais diversas polêmicas entre os grandes estudiosos do assim chamado “Tribunal Popular”. É drama que a cada nova pesquisa ostenta capítulo diferente diante da grande variedade de povos e épocas que praticavam formas parecidas de julgamento popular.

Além das origens legais e de relatos históricos, o instituto é ainda envolto de uma densa mística de caráter religioso, onde por vezes se equiparam os jurados aos apóstolos de Cristo e se exaltam as qualidades do julgamento do homem pelos seus pares⁸.

Há autores que identificam a origem remota do Tribunal Popular nas **Leis Mosaicas**, nos **Dikastas**, na **Heliéia** ou no **Areópago Grego**. Outros, por sua vez, a vislumbram nos **Judices Romanos**, nos **Centeni Comitês** dos primitivos germanos, ou, ainda, em solo britânico durante a Idade Média, de onde passou para os Estados Unidos e, depois, de ambos para os continentes europeu (salvo Holanda e Dinamarca) e americano⁹⁻¹⁰.

⁸ Conforme anota Viveiros: “Sua inspiração religiosa aparece em diversos aspectos, notadamente no que respeita ao número de doze jurados, como ocorria no Brasil por força da Lei de 20 de setembro de 1830, que instituiu o Júri de Acusação, composto de 23 jurados, e o Júri de Sentença, composto de 12 jurados, como vigente no modelo americano. Por acreditar-se, ao menos originariamente, no dogma religioso traduzido na expressão: ‘quando doze homens de consciência pura se reuniam sob a invocação divina, a verdade infalivelmente se encontrava entre eles’, em passagem bíblica alusiva à visita de Cristo aos Apóstolos, sendo este o número de jurados, no dia do julgamento, tal como no dia de Pentecostes, o Espírito Santo desceria sobre eles iluminando suas consciências no momento da decisão de condenar ou absolver um semelhante”. (VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania**, 1ª ed, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 28). De forma ilustrativa, o autor cita passagem de C. K. Chesterton: “‘Nossa civilização decidiu, e decidiu bem, com muito acerto, que determinar a culpa ou inocência dos homens é coisa demasiadamente importante para ser entregue a homens treinados. Quando deseja luz sobre essa terrível matéria, ela recorre a homens que não sabem de leis mais que eu, mas são capazes de sentir as coisas que senti no recinto dos jurados. Quando quer catalogar uma livraria, ou descobrir o sistema solar, ou qualquer outra ninharia dessa espécie, ela utiliza seus especialistas. Mas quando deseja que se faça algo realmente sério, reúne a esmo 12 homens comuns. A mesma coisa foi feita, se bem me lembro, pelo Fundador da Cristandade’”. (VIVEIROS, op. cit., p. 28). Frederico Marques reconheceu a origem do júri na Inglaterra, depois que o Concílio de Latrão aboliu as ordálias e os juízos de Deus, porém, afirmou que até hoje ela guarda uma certa mística. (MARQUES, José Frederico. **O júri no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 45). No mesmo sentido: “O numero mystico de 12, recordando o dos apóstolos, dava a esse instituição popular a sanção religiosa, reclamada pela opinião publica” (*sic*) (ROCHA, Pinto da. **O jury e a sua evolução**. Conferencias realizadas no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1919, p. 64).

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 12. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. **A participação popular nos tribunais penais**. Revista Jurídica. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 37, n. 139, p. 05-18, maio de 1989.

¹⁰ A enorme divergência a respeito da origem remota do Júri foi assim resumida por Rui Barbosa: “Se o Júri, de que já se encontra a prefiguração longínqua nos judices romanos (‘Le jugement par de véritables jurés’. Guérin: ‘Étude Sur Les Droits et Libert Du Citoyen aux Et. Unis’.

Não se pode afirmar a existência homogênea de um Tribunal Popular ao longo da história, porém, pode-se identificar o seu traço característico pela competência atribuída aos jurados¹¹ para decidirem sobre a existência de um crime e a responsabilidade do acusado. Para Frederico Marques, esse “é o seu

Bulletin de La Soc. de Legis. Comp. 1892, p. 320 n. - Lesser: ‘Jury System’, c. III), se não nos ‘dikastas’ gregos e nos ‘centeni comites’ dos primitivos germanos, imortalizados por Tácito (Tácito: ‘De Situ ac Populis Germaniae’, XII), autorizando historiadores e entusiastas seus a gabarem-no de medir o curso da civilização (*‘The development of the jury may justly be said to measure the march of civilization’*). Lesser: ‘The Historical Development of the Jury System’, New York, 1894, p. 14 - ‘... the jury thus gained ground with advancing civilization, gradually superseding the more ancient and barbarous customs...’; Macclacklan: Engl. Cycl. III, 26 - ‘The jury system is both the cause and proof of civilization and liberty’. Cox: ‘Three Decades of Federal Legislation’, p. 604), se o Júri, associado, na investigação das suas origens históricas, ora aos teutões, ora aos eslavos, já aos normandos, já aos dinamarqueses (Ellis Stevens: ‘Sources of the Constit. of the United States’, p. 233-4 - Franqueville: ‘Le Système Judiciaire de la Grande Bretagne’. I, p. 490-92), recebeu os primeiros traços de sua forma definitiva no solo britânico, depois da conquista normanda, sob Henrique II, extinguindo-se na França, de onde fôra transplantado nos seus mais grosseiros rudimentos com as Capitulares (Stubbs: ‘The Constitutional History of England’, v. I, p. 612-15), na média idade inglesa é que ele revestiu a imagem, sob que a era moderna o adotou. Contudo, é contemporâneo o momento da sua culminação jurídica, o período da sua universalidade, a época da generalização dos seus benefícios a toda parte culta da espécie humana. (BARBOSA, Rui. **O Júri Sob Todos os Aspectos**. Textos sobre a Teoria e Prática da Instituição, coligidos e ordenados por Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950, p. 27-28).

¹¹ Apesar da existência de jurados ser essencial para a formação do “Tribunal Popular”, identifica-se que o seu número e forma de escolha sempre foram variáveis no curso da história, fato que contribuiu para Rocha Pinto afirmar que um número limitado ou certo de jurados não era um elemento essencial para a caracterização do Júri em sua essência: “Quanto ao numero de juizes que compunham os tribunales, variou sempre de povo para povo, de seculo para século. Entre os hebreus, havia o Tribunal ordinario que se compunha de tres juizes, o Conselho dos Anciãos e o Grande Conselho. O legislador não fixou o numero dos membros que deviam compor o Conselho. A jurisprudencia é que o compoz de vinte e tres, dentre os quaes, onze deviam pertencer a profissões diversas. Moysés determinava apenas que os accusados do seu povo fossem julgados pelos seus iguaes, pelos mais habéis, mas conhecidos pelas virtudes próprias. Entre os gregos, sabe-se que o tribunal dos heliastas se compunha de 500 membros, escolhidos principalmente entre os operarios e proletários, e que, em casos excepcionaes, podia funcçãoar com 1500 juizes, pela reunião de vários dikasterios. Em Roma, a lei Servilia dava a ambas as partes o direito de nomear cem juizes; dentre estes, cada um escolhia cincoenta, de modo que para o julgamento da causa funcçãoasse um tribunal de cem. A lei Pompéia estabelecia um sorteio os trescentos e sessenta jurados escolhidos pelo próprio consul, até obter oitenta e um nomes que compunham o tribunal. Sabe-se que o Jury que julgou Milão se compoz de 51 juizes. Pizão teve 75 julgadores; foram 56 os jurados de Clodio; 50 os de Flacco e Brocilio; Oppiniano formou o seu tribunal com 32 jurados; Gabinio com 70 e Scauro com 80. O numero de juizes não era fixo, ao contrario, variava conforme a natureza das quaestiones. Entre os povos bárbaros e nas sociedades feudaes, segundo refere Tácito, os príncipes de cada cantão julgavam sempre com o concurso de cem homens livres. Gineste affirma que em nenhuma lei antiga apparece prescripção alguma com referencia ao numero dos rachimbargos ou scabinos que deviam constituir o tribunal julgador. A lei Salica determinava que entre aquelles que se recusassem a julgar, deviam ser escolhidos sete sobre os quaes se lançasse a multa. (...) Pela primeira vez, sob o reinado de Henrique II, o primeiro da dynastia Plantageneta, apparece na Inglaterra a formação de um Jury de doze visinhos, para julgamento dos accusados, em substituição dos duelos judiciários. Esse numero mystico foi escolhido em homenagem aos apostolos de Christo, afim de dar uma sancção publica e religiosa á instituição que o poder real acabava de fundar e consagrar, á imitação das assises que os Crusados haviam estabelecido em Jerusalém, para julgamento das questões entre europeus, sob a presidência de um visconde e com o numero de 12 jurados” (sic) (ROCHA, Pinto da. **O jury e a sua evolução**. Conferencias realizadas no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1919, p. 69-71).

elemento específico, o característico que o individualiza nas formas de participação popular nos julgamentos criminais”¹².

1.1. DAS LEIS MOSAICAS

Em obra clássica intitulada “O Jury e a sua Evolução”, Pinto da Rocha identifica o nascedouro da instituição nas chamadas “Leis Mosaicas” pregadas por Moisés na Arábia antiga e na constituição do chamado “Conselho dos Anciões” e do “Grande Conselho”¹³. As “Leis Mosaicas” corresponderiam a um conjunto de mais de 600 (seiscentas) leis que teriam sido escritas após Moisés ter recebido na Península do Sinai a tábua contendo os “Dez Mandamentos”.

Nessa época, o julgamento de vida ou morte do cidadão já era feito por seus pares no chamado “Conselho de Anciãos”, o qual tinha a função de julgar os crimes que envolvessem a morte civil ou natural. Contudo, não se tem notícia de quantas pessoas deveriam compor o referido conselho¹⁴, apenas que deveriam ser sábias e honestas e que os julgamentos deveriam seguir as seguintes regras básicas: “(...) - publicidade ampla dos debates; liberdade relativa ao acusado para defender-se; garantia do depoimento contra o perigo de falsas testemunhas; nullidade do depoimento de uma só testemunha e, como consequência, indeclinável necessidade de duas, pelo menos, contestes, para a condenação” (sic)¹⁵.

Os anciãos sempre foram respeitados entre os antigos, exercendo uma função de comando e de aconselhamento, mas segundo a “Lei de Moisés”, **cabia ao povo a obrigação de escolher os membros dos tribunais**, os quais

¹² MARQUES, José Frederico. **O júri no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 68.

¹³ “Muito antes de, na Grécia, ser chamado o povo para decidir todas as grandes questões judiciais, em plena praça pública, no exercício da justiça atheniense, antes da constituição d’esse tribunal, era composto de cidadãos escolhidos entre os que todos os annos a sorte designava, para julgarem collectivamente ou divididos em dez secções, muito antes da existência d’esses juizes populares, aos quaes, como requisitos, eram apenas exigidas a idade de trinta annos, reputação ilibada e quitação plena do thezouro publico, muito antes do apparecimento d’esse tribunal dos pares, já o Deuteronomio, o Êxodo, o Levitico e os Números, na formosa e simplice linguagem do direito mosaico, fallavam do tribunal ordinário, do Conselho dos Anciões e no Grande Conselho. Na velha legislação hebraica encontramos nós o fundamento e a origem da instituição do Jury – o seu principio básico” (sic) (ROCHA, op. cit., p. 09)

¹⁴ Segundo Pinto da Rocha, a jurisprudência posteriormente acabou por firmar que o Conselho dos Anciãos deveria ser formado pelo número de 23 (vinte e três) juizes sorteados e que ao menos 11 (onze) deveriam pertencer a posições diversas, de forma a garantir a imparcialidade nas decisões. (ROCHA, op. cit., p. 20).

¹⁵ Ibid, p. 14.

deveriam ser **probos, imparciais e incorruptíveis**. O conselho exercia uma função distributiva da justiça, reservando a Moisés as decisões mais importantes a serem tomadas. Destaco:

“(…) Foi Jethro, sogro de Moisés, quem o aconselhou a fundar esses tribunais: - Escolhe, diz elle, d’entre o povo, homens firmes e de coragem, tementes a Deus, amigos da verdade e que sejam inimigos da avareza, dá-lhes: a uns, a direção de mil; a outros de cinquenta, a outros de dez homens. Que elles se ocupem sómente da distribuição da justiça entre os homens, em todos os tempos; e que reservem para ti as grandes questões, e que julguem sómente as mais insignificantes; assim esse peso que te sobrecarrega tornar-se-á mais leve, sendo partilhados pelos outros”¹⁶.

Conforme anota Almeida Júnior, a legislação mosaica firmava-se nos seguintes princípios informadores:

1º) Não havia prisão preventiva: fora do caso de flagrante delito, o acusado hebreu não era prêso senão depois de conduzido ao tribunal para defender-se e ser julgado; 2º) Não era o acusado submetido a interrogações ocultas: segundo os rabinos, ninguém podia ser condenado somente pela confissão; 3º) Ninguém podia ser prêso e, muito menos condenado, pelo dito de uma só testemunha, nem por conjecturas; 4º) A instrução e os debates eram públicos e os julgamentos eram conferidos e acordados em segredo; 5º) O recurso era um direito individual e sagrado”¹⁷. (sic).

Dessa forma, identificamos nas Leis Mosaicas traços característicos da instituição do júri consubstanciados no julgamento popular de crimes, bem como, do próprio sistema acusatório, com a atribuição dos debates orais e a publicidade do procedimento.

1.2. DOS TRIBUNAIS DOS HELIASTAS

Grande parte da doutrina também identifica em Atenas, propriamente nos Tribunais dos Heliastas e nos Dikastas a origem do instituto. O primeiro (o mais importante dos Dikastérios) assumia a forma de um “Grand Jury” e compunha-se de 500 (quinhentos) membros (podendo chegar mil e quinhentos), sorteados principalmente entre os operários e proletários, desde que tivessem ao menos trinta anos, possuísem conduta ilibada e não ostentassem dívidas com o Estado¹⁸. Para a formação da lista geral, eram sorteados anualmente pelos nove Archontes os nomes de seis mil cidadãos, à razão de seiscentos por cada tribo. Os

¹⁶ Ibid, p. 16.

¹⁷ ALMEIDA JÚNIOR. João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**, 4 ed. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.: 1959, p. 21-22.

¹⁸ Ibid, p. 27.

jurados sorteados eram divididos em 10 (dez) secções, compreendendo 500 (quinhentos) titulares e 100 (cem) suplentes¹⁹:

“(...) os dikastas ou homomocotas athenienses exerciam as funções de jury de accusação e de julgamento. Com effeito, para que o accusado fosse julgado pelos dikastas era necessário que estes conhecessem primeiramente da procedência da accusação. Se esta não fosse provada, seria o accusador condemnado a uma pena de 500 ou 1000 drachmas, conforme a gravidade da causa. Provada, porém, a procedência da accusação, era o accusado submettido a julgamento. Terminados os debates, os homomocotas pronunciavam-se a respeito da culpabilidade e o presidente applicava a pena”²⁰.

Interessante se faz destacar que no júri moderno adotado no Brasil, o “filtro da acusação” é realizado pelo próprio magistrado e não pelos jurados, os quais seriam os juízes naturais para o julgamento da causa. A referida opção legislativa, que destoa das origens do Tribunal do Júri no país, não escapa da crítica da doutrina, tudo conforme veremos no decorrer do presente estudo.

De acordo com Araújo e Almeida, o Areópago²¹ (encarregado do julgamento dos crimes de sangue, formado por antigos arcontes que julgavam de acordo com a sua consciência) e a Heliéia (tribunal popular formados por heliastas – cidadãos com mais de trinta anos – com competência para julgar, de acordo com a sua consciência, os demais crimes) apresentam pontos que identificam a origem seminal do júri, dentre eles a **oralidade**, a **decisão imotivada**, a **soberania de seus veredictos**, o **caráter adversarial dos debates** e o **espírito democrático**. Porém, dele igualmente se distanciam por não ostentarem a figura de um juiz-presidente, a sala secreta, o sigilo na votação e a rejeição dos jurados. Contudo, asseveram existir “elementos bastantes para identificar aqui os

¹⁹ Os Dikastas eram obrigados a fazer o seguinte juramento: “*Darei o meu suffragio conforme as leis e os decretos do povo atheniense e do Senado dos quinhentos. Não favorecerei, nem a tyrannia, nem a olygarchia, nem a deposição do poder publico, nem coisa alguma que o possa comprometter. Não consentirei na extincção de nenhuma dívida, nem na divisão de qualquer terra ou lar dos athenienses. Não amnistiarei nenhum dos bandidos ou condemnados á morte. Não banirei, nem consentirei que seja banido cidadão algum contra as leis e os decretos do povo e do Senado. Não consentirei que nenhum Archonte passe á segunda magistratura, sem ter servido e prestado contas da primeira, nem que seja reconduzido no seu cargo, nem que occupe dois simultaneamente. Não receberei offerta para fazer justiça, nem qualquer de meu conhecimento as receberá para mim directamente ou indirectamente, seja qual for o pretexto, seja qual for o meio empregado. Não tenho menos de trinta annos. Escutarei com a mesma imparcialidade accusador e accusado, e pronunciar-me-ei de boa fé sobre a causa. Juro-o por Júpiter, Neptuno e Ceres. Que estes Deuses me castiguem, a mim e a minha família, se faltar ao meu juramento; mas se eu for a elle fiel que me cumulem, a mim e aos meus, de prosperidades*” (sic) (Ibid, p. 33).

²⁰ Ibid, p. 34.

²¹ Segundo anota Almeida Júnior, era o Areópago, o “mais antigo e mais célebre dos tribunais de Atenas, era composto de um certo número de juizes, que parece ter variado em diversas épocas, mas que não consta ter excedido de cinquenta e um; tinha, antes da instituição dos juizes heliastas, a competência para conhecer de todos os crimes, sendo que, depois, esta competência ficou restrita aos homicídios premeditados, aos envenenamentos, aos incêndios e a alguns outros crimes puníveis com a pena de morte”. (ALMEIDA JÚNIOR. op. cit., p. 13)

contornos mínimos, o princípio ao qual a idéia de justiça popular historicamente se remeteria”²².

Com efeito, a participação democrática do povo (dos quais eram excluídos as mulheres – consideradas inferiores -, os escravos – que excediam em número os homens livres - e os estrangeiros²³) na Cidade-Estado (*polis*) ateniense podia ser vista também através da *Eclésia* (assembléia do povo que dispunha de todos os poderes²⁴); da *Bulé* (conselho limitado a quinhentos membros pertencentes a todas as classes de cidadãos e reconhecida pela sabedoria de seus pareceres), e dos *estrategos* (representavam o poder executivo)²⁵. Contudo, foi apenas no século V a.C., que Sólon, depois Clístenes e sobretudo Péricles²⁶ iniciaram a verdadeira construção de um regime democrático na Cidade-Estado grega.

²² ARAÚJO, Nádja; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 04, n. 15, jul-set/1996, p. 202.

²³ “O meteco [estrangeiro] era visto como um ser incompleto porque era um *homo economicus*, privado do que realmente constituía a identidade do ateniense: a atividade política e guerreira. Ele era obrigado a pagar um tributo, chamado *metoikion*, que o identificava claramente como estrangeiro. Excluídos da propriedade da terra, os metecos se dedicavam ao comércio e ao artesanato. Durante muito tempo acreditou-se que tinham uma única razão para se estabelecer em Atenas: enriquecer. Mas isso não é verdade: eles faziam guerra ao lado dos atenienses, financiavam certas cerimônias públicas e participavam ativamente da circulação de ideias e dos debates públicos. Em suma, eles contribuíram muito para a estabilidade política e social da democracia ateniense”. (MANSOURI, Saber. Cidadania, um direito para poucos. **História Viva**, São Paulo, ano VIII, n. 95, 2011, p. 37).

²⁴ “A Eclésia reúne-se pelo menos dez vezes por ano (pode sempre haver, por convocação expressa, assembléias extraordinárias), primeiro na Ágora, depois na Pnyx. Seus procedimentos e sua ordem do dia são públicos; ela procede essencialmente por voto: pela mão erguida nos assuntos públicos e por voto secreto nas questões privadas como o ostracismo. Ela tem poderes consideráveis: tem o direito de guerra e de paz, nomeia os embaixadores, conclui alianças; decide pelo ostracismo; tem poder financeiro e detém o poder legislativo”. (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 48).

²⁵ Nesse sentido: GOYARD-FABRE, Simone, op. cit., p. 10.

²⁶ “Péricles (495-429) pertencia, por parte de mãe, sobrinha de Clístenes, ao *gênos* dos alcmeônidas, de tradição democrática. Reeleito durante quinze anos como um dos dez *estrategos* de Atenas, é incluído por Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, 1140 b 7) entre os homens de Estado sábios (*phronimoi*). Consta que, na qualidade de chefe do partido democrata, a partir de 462 passou a ocupar a principal posição na Cidade-Estado e, por meio de suas sucessivas reformas, fez de Atenas a Cidade-Estado na qual grande parte do povo (*demos*) participava efetivamente na prática dos assuntos políticos. Aristóteles relata que mesmo os *thêtes* – cidadãos da quarta classe – foram, graças a Péricles, admitidos no aqueronato. Como Péricles queria fazer da cidadania uma verdadeira profissão, remunerava os cidadãos concedendo-lhes um salário público – o *misthos* – que revelava para o grande número o interesse aos assuntos da Cidade-Estado. Seja como for, a partir de 462 ele diminuiu consideravelmente o poder político e judiciário do corpo aristocrático, que constituía o Areópago, e transferiu-o para a *Bulé* (que tinha o poder executivo), para a *Eclésia* (que tinha o poder de legislar) e para a *Heliéia* (ou tribunal de direito comum). Embora o sorteio constituísse a seus olhos o princípio cardinal da democracia, o ‘povo’ – que, na democracia segundo Péricles devia ditar sua lei e exercer seu controle sobre tudo – era no entanto formado apenas pelos ‘cidadãos’ (lei de 451); isso facilitou, em 411 – depois de sua morte mas dentro do espírito político que instalara na Cidade-Estado -, a adoção de uma nova Constituição pela qual a democracia se via limitada a um corpo cívico de cinco mil cidadãos”. (GOYARD-FABRE, op. cit., p. 19).

O procedimento se iniciava com o oferecimento da denúncia pelo acusador a um arconde (magistrado), o qual cabia convocar os cidadãos para servirem de juízes da causa. A acusação apenas tinha seguimento após o pagamento de uma quantia em dinheiro que deveria ser revertida pelo perdedor aos juízes. O teor da acusação era afixado no pretório para que eventuais provas pudessem surgir e o acusado era convocado para comparecer pessoalmente perante o arconde para opor exceções ou solicitar prazo para sua defesa. As provas deveriam ser buscadas pelas partes e eram apresentadas durante o julgamento, na fase de debates. Por fim, cabia aos juízes decidir tanto sobre a culpabilidade do acusado quanto a aplicação da pena. O procedimento tinha assim os seguintes traços característicos:

“1º) O direito popular de acusação e de julgamento; 2º) A publicidade de todos os atos do processo, inclusive o julgamento; 3º) A prisão preventiva; 4º) A liberdade provisória sob caução, salvo nos crimes de conspiração contra a pátria e a ordem política; 5º) O procedimento oficial nos crimes políticos e a restrição do direito popular de acusação em certos crimes que mais lesavam o interesse do indivíduo do que o da sociedade”²⁷.

A democracia em Atenas lapidou a idéia de participação popular através do sorteio, circunstância que até hoje guarda consonância com a regra da participação popular no Tribunal do Júri, onde os jurados são sorteados para compor o conselho de sentença.

1.3. DAS QUESTIONES PERPETUAS

Identifica-se também em Roma (republicana), nas chamadas *questiones perpetuas*, resquícios delineadores da instituição do Júri²⁸. As *questiones perpetuas* eram órgãos colegiados presididos por um pretor, o qual sorteava os jurados (cidadãos - *iudices iurati*²⁹), controlava os debates, exercia o poder de polícia nas sessões e sentenciava de acordo com os votos recolhidos.

²⁷ ALMEIDA JÚNIOR, op. cit., p. 25-26.

²⁸ “Ainda na República, mas já num segundo período, aparecem as Quaestiones perpetuae, tribunais semelhantes ao júri, presididos por um Pretor ou por um quaestor e composto de juízes que prestavam juramento (*iudices iurati*), a princípio senadores, depois também cavaleiros e por fim ainda os tribunos do fisco. Chamavam-se perpetuae porque, ao contrário das quaestiones anteriores, que eram formadas para julgar determinado caso, estas eram permanentes”. (THORNAGUI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, 02v. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 65).

²⁹ “Para ser jurado bastava ser simples cidadão, sem característico algum oficial; era necessário ter trinta annos pelo menos, e sessenta no maximo, mas durante o domínio imperial o limite mínimo variava entre vinte e vinte e cinco annos. (...) A lei Julia Augusta exigia que o jurado tivesse nascido livre, que não houvesse sido degradado da ordem dos senadores, que não tivesse nota de infâmia e nem houvesse soffrido qualquer pena. Finalmente, havia incompatibilidade entre as funcções de jurado e o exercício das magistraturas publicas. Era necessario tambem residir em Roma ou num raio de cinco milhas em redor da cidade; conhecer as leis e os costumes dos

Cada *questio* tinha um número fixo de juízes, o qual era variável de acordo com a lei e o período da história³⁰. A Lei Servilia previa o sorteio de 450 nomes, mas permitia que a acusação e a defesa nomeassem 100 juízes cada um, dentre os quais escolhiam 50, chamados então de juízes *edititii*. A Lei Cornelia proibiu a indicação dos juízes e instituiu o sorteio. A Lei Licinia estipulou que o sorteio deveria ser feito abrangendo membros das quatro tribos³¹.

As partes podiam recusar os jurados sorteados de forma motivada ou imotivada, variando o número de recusas de acordo com as leis promulgadas³². Os juízes escolhidos deveriam iniciar o julgamento fazendo o juramento solene de que se comprometiam a julgar segundo os ditames da lei e de suas consciências³³. Na sequência, iniciavam-se os debates e a instrução, votando a seguir os jurados por meio de fichas que indicavam a absolvição, a condenação ou o adiamento do julgamento.

habitantes, em uma palavra, fazer parte da classe dos cidadãos investidos no privilegio da judicatura" (sic) (ROCHA, op. cit., p. 37-38).

³⁰ "Já agora, no tocante à sua estrutura, a *quaestio* era formada por um presidente (*praetor vel quaestior*) e, como supra-explicitado, no máximo, cinquenta cidadãos (*iudices iurati*), escolhidos, de início, entre os senadores; posteriormente, com a Lex Sempronia, proposta por Caio Gracco (122 a.C), também entre os cavaleiros; e, finalmente, com a Lex Aurélia (70 a.C), entre senadores, cavaleiros e *tribuni aerarii*, uma terça parte de cada ordem. As listas oficiais continham, todas elas, cerca de mil nomes (correspondentes às *decúrias*) de jurados, e estes eram, individualmente, colocados numa urna, para serem oportunamente indicados, podendo, então, haver recusa daqueles que não os satisfizessem, quer do acusador (tacitamente, pela não-indicação), quer do acusado (pela rejeição). O presidente, *iudex quaestiones*, era, como também antes ressaltado, magistrado, e a ele incumbia examinar, *preambularmente*, a acusação; decidir sobre a competência, receber o juramento das partes, escolher e convocar os *iudices iurati*, presidir as discussões e fazer executar a sentença. E os demais, jurados uma vez indicados (e, com o tempo sorteados), e não recusados, deviam participar de todo o procedimento, e, no final, pronunciar-se, por meio de votação, pela condenação do acusado, pela sua absolvição, ou, ainda, por um alargamento da instrução, mais detidamente considerada em seguida". (TUCCI, 1999, p. 19-20).

³¹ "Como se sabe, o povo romano, ou, melhor a cidade de Roma, estava dividida em tribos (que, no início, eram circunscrições territoriais); primeiramente eram três: a dos Ramnes, a dos Tities e a dos Luceres. Mais tarde apareceu mais uma (a dos Montes anexados à cidade, isto é: Capitólio, Quirinal e Viminal), formando-se assim as quatro tribos urbanas (Palatina, Suburana, Esquilina e Colina), às quais, mais tarde, vieram somar-se dezessete tribos suburbanas ou rústicas e, por fim, mais quatorze". (THORNAGUI, op. cit., p. 64).

³² "Essa garantia do acusado, que se estabeleceu também para garantia da justiça, foi uma proteção aos juizes corruptos e um incentivo ao miseravel *commercio* das consciências. Por traz d'essa inoformalidade jurídica e acobertados pela intangibilidade sentimental da liberdade de escolha dos pares, estabeleceu-se o balcão onde os juizes recebiam do próprio acusado o preço da baixeza e a moeda ignóbil da torpidade" (ROCHA. op. cit. p. 34.)

³³ Identificamos, nesse momento, um ponto diferencial no julgamento feito nas ***questiones perpetuas*** quando comparado pelo modelo de Athenas (*Dikastas*), pois, nas *Dikastas*, o julgamento deveria ser feito exclusivamente de acordo com as leis e os decretos do povo atheniense. Em Roma, por outro lado, encontramos o germe do julgamento ***secundum conscientiam***, o qual é exceção ao princípio da motivação das decisões judiciais e atualmente é elemento identificador no modelo adotado pelo Brasil.

O presidente não exercia o direito de voto, cabendo a ele recolher os votos e proclamar o resultado de forma pública. “Segundo Gineste, os termos sacramentais d’esse veredicto eram: - videtur fecisse, para o acusado; non videtur fecisse, para o absolvido; amplius para o adiamento da causa, correspondente ao voto non liquet” (sic)³⁴.

Analisando a doutrina que procurou se debruçar a respeito da gênese do julgamento popular, Anasanelli Júnior faz coro às críticas dirigidas aos *heliastas* e as *quaestio* como sendo seus antecedentes históricos. Segundo o referido autor, os “heliastas não possuíam uma organização e também não contavam com regras suficientemente claras para atribuir-lhe a origem do Tribunal do Júri. De outro lado, as quaestio romanas se caracterizam por julgamentos abusivos e despóticos, arregimentação de jurados dissociada da maioria da sociedade da época, e, finalmente, a corrupção dos julgadores – circunstâncias justamente contrárias à essência do júri”³⁵.

1.4. DOS TRIBUNAIS WEHMICOS

Os tribunais “wehmicos”, por sua vez, de origem bárbara³⁶, tinham uma formatação totalmente diversa dos institutos até aqui estudados. Eram tribunais secretos, poderosos e respeitados, onde os próprios juízes eram os executores de suas sentenças.

³⁴ ROCHA. op. cit. p. 48.

³⁵ ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **O tribunal do júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 17.

³⁶ Entre os povos germanos as “controvérsias eram resolvidas pelas armas e o ofendido com toda sua gente (Sippe) movia guerra à gente do ofensor, a menos que este ressarcisse o dano pelo pagamento em dinheiro (Geld – dinheiro e daí: Wergeld: Wer, do latim: vir, homem ou Mangeld, do alemão: Mann, homem. Era o preço da paz (Friedensgeld) e o não pagamento dele acarretava a perda da paz (Friedenslosigkeit). O Geld (dinheiro), aliás, não era moeda ou, pelo menos, não era apenas moeda, pois até o gado servia para pagar, mesmo em caso de homicídio: Luitur etiam homicidium certo armentorum et pecorum numero. O ofendido podia, entretanto, recorrer aos Conselhos (Placita). O povo reunia-se em assembléias chamadas Conselhos e aí ministrava justiça, resolvia os conflitos de interesse. Cada distrito (Markt, mercado, feira, praça, correspondia ao que se chama em alemão moderno, Bezirk) ocupava a área habitada por 100 famílias, sendo, pois, variável a extensão territorial. O conjunto dos distritos era o pagus e a assembléia do pagus decidia os conflitos entre diferentes distritos. (...). Tais conselhos foram levados pelos germanos a todos os pontos da Europa em que foram habitar. Na França, na Alemanha, na Inglaterra, por toda parte enfim, as nações foram divididas em grupos de 100 famílias (as centenas) e cada centena tinha seu conselho. Daí o nome de centenário dado ao presidente de cada uma dessas assembléias (que se chamava também: ding ou warf ou ainda: mallus ou madal)”. (THORNAGUI, op. cit. p. 65-66).

A justiça era administrada por um “príncipe” escolhido para uma determinada região, o qual atuava em concurso com cem homens livres:

“Primitivamente, o povo julgava as causas capitais no Champs de Mars ou no Champs de Mai; pouco a pouco, porém, os placita extraordinária fixaram-se no domínio político e transformaram-se nos Reichstag. Os plaids ou assembléias públicas em que se julgavam os processos, os plaids provinciais, Landtags, conservaram a posse da jurisdição criminal. O graf germânico percorria os lugares da sua jurisdição, presidia às audiências do Jury, sem todavia tomar parte nas votações. Quanto aos Francos, o seu verdadeiro tribunal era o Mall ou placitum, que tem sido confundido muitas vezes com a assembléa da nação” (sic)³⁷.

Com a queda do Império Romano ocorreu a chamada miscigenação de institutos, surgindo os chamados plegos dos burgos, os centurionatos e as decanias, os quais eram responsáveis pela administração da justiça em cada localidade.

Nessa época, o réu fazia do juramento de sua inocência sua própria defesa, o qual deveria ser somado a um número de testemunhas (homens livres chamados de conjuradores ou compurgadores) que atestassem o mesmo³⁸. “Se o criminoso não era conhecido, o acusador tinha a obrigação de apontar sete pessoas às quaes imputava a authoria do agravo recebido; estas, auxiliada cada uma por onze compurgadores, deviam demonstrar a sua innocencia. Dada a inefficacia d’este meio, recorrer-se-ia então ao combate judiciário”(sic)³⁹.

A presidência do tribunal era conferida ao Conde, o qual resumia o fato, estabelecia a controvérsia e ao recolher os votos, proferia o julgamento. O Conde também tinha a faculdade de convocar plaids extraordinários que funcionavam com a composição de sete homens livres (rachimburos) por ele designados e que ficavam sob a sua presidência. Para evitar atos de corrupção os reis determinavam que os rachimburos fossem escolhidos dentre uma lista de homens de bem (denominados escabinos⁴⁰) que uma vez convocados não podiam

³⁷ ROCHA, op. cit. p. 49-50.

³⁸ Talvez aqui tenhamos a origem do que hoje conhecemos como “testemunhas abonatórias”, as quais são usualmente indicadas no processo a fim de fornecer elementos sobre a boa conduta social e familiar do acusado.

³⁹ ROCHA, op. cit. p. 51.

⁴⁰ Os Escabinos eram inicialmente pessoas com poderes de investigação criminal, mas que com o passar do tempo acabaram por ocupar a função dos Rachimburos pelo descaso que esses outorgavam aos julgamentos: “Havia pessoas encarregadas de verificar, de investigar os crimes. Eram os veirificadores, nome do qual provém outro: vereadores. Na Península Ibérica foram também chamados alvacis, por influência dos árabes. Não tinham a princípio função judicial. E como verificar em alemão era shaffen (pronúncia: chafen), surgiram em outras línguas as formas échevin, echevino, escavino etc. O tribunal dos escabinos chamou-se em Portugal: Conselho de vereação ou de vereança. Generalizou-se o costume de os rachimburos pagarem para serem dispensados de

se eximir de comparecer ao julgamento. Não se sabe exatamente o número de rachimbargos e escabinos que deveriam compor o julgamento. Porém, a Lei Salica nos faz presumir que ao menos 07 (sete) eram necessários para a condenação⁴¹.

No regime feudal a distribuição da justiça era feita pelos senhores, mas os vassallos conseguiram obter nas cortes senhoriais a faculdade de administrarem a sua própria justiça, fato que se transformou em princípio geral, ou seja, senhores julgavam senhores e vassallos julgavam vassallos.

“Os Senhores de feudos, quer vassallos, quer feudatarios, eram pares, porque tinham jurisdição igual, ou antes, porque eram iguaes áquelles que julgavam. As pessoas nobres deviam ser julgadas pelos seus pares da castellania, e os proprietários de feudos eram obrigados ao exercício da função de julgar, sob pena de confiscação dos seus respectivos feudos. Sem a observância rigorosa d’esses processos, o senhor não podia obrigar os vassallos a se reunirem para composição do tribunal julgador” (sic)⁴².

Porém, como adverte Pinto da Rocha, o julgamento pelos pares não pode ser identificado com o procedimento do Tribunal Popular, vez que pressupunha a desigualdade política e a “categorização das pessoas”⁴³.

comparecer aos julgamentos. Para evitar esse abuso, sucessivos reis (o primeiro dos quais parece ter sido Carlos Magno, em 780) os foram substituindo pelos escabinos, que passaram a ter assento no tribunal (Schöffengericht). Do fato de serem permanentes (e talvez mesmo pela circunstância material de julgarem sentados, foram chamados assises (Court d’assises, Corte d’assise, Assize Court)” (TORNAGHI, op. cit. p. 67).

⁴¹ Nesse sentido, ou seja, também entendendo que o júri era formado por 07 (sete) pessoas, encontramos a doutrina de TORNAGUI (1977, p. 66): “Com o aumento do número de julgamentos, o comparecimento aos dengen tornou-se quase impossível. Passaram então os conselhos a reunir-se de quatro em quatro meses e o povo resolver tornar obrigatória a presença de apenas sete cidadãos, que, pela alta posição ocupada na sociedade, se chamavam **Raginburgii, boni viri, boni homines, probi viri, prudentes homines**”.

⁴² ROCHA, op. cit. p. 53.

⁴³ Anota o referido autor: “O tribunal dos pares, que caracterizou o systema judiciário das sociedades feudaes, não tem a mesma significação do Jury. Aquelle estabelece o julgamento por meio de categorias, pressuppõe a desigualdade política como fundamento da organização social; este repelle a idéa de classe e funda-se na máxima igualdade política. O julgamento, portanto, dos pares é inteiramente contrario ao julgamento do Jury, se bem que se aproximem pela semelhança da forma. É essa a razão pela qual ha quem confunda na mesma origem comum as duas instituições.” (sic) (ROCHA, op. cit. p. 53).

2. TRIBUNAL DO JÚRI: UM RECORTE NO DIREITO COMPARADO

2.1. INGLATERRA

Segundo adverte Lenio Streck, muito embora seja possível encontrar as origens remotas do Júri na antiguidade, “é na Magna Carta inglesa que ele aparece com mais especificidade, servindo de modelo para o mundo”⁴⁴, como um baluarte de democracia e liberdade⁴⁵.

A origem do júri inglês remonta o período medieval, estando ligada a *inquisitio* praticada pelos reis carolíngios, a qual foi trazida para a Inglaterra (1066) pelo Rei Guilherme quando os normandos a invadiram e a conquistaram⁴⁶.

De acordo com Araújo e Almeida, para proteger os súditos normandos das hostilidades dos conquistados, foi instituído pelo Rei Guilherme o “*presentment of Englishiry*”, primeiro júri inglês:

“*When a body was found, and its Killer was unknown, the King demanded a heavy fine from the community unless a local jury swear that the dead man was English, not Norman*” (...). (“quando um corpo era encontrado, e o assassino era desconhecido, o rei cobrava uma pesada multa da comunidade se um júri não declarasse sob juramento que o morto era inglês, e não normando”)⁴⁷.

O *jury of presentment* era presidido por um *sheriff* e realizado perante as *shire and hundred courts*, perdurando até 1215, quando editou-se o 4º

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri. Símbolos & rituais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 75. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri. Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira: 1999, p. 63.

⁴⁵ É o que igualmente afirma Frederico Marques, ao dissertar: “(...) se o júri – recebeu os primeiros traços da sua forma definitiva no solo britânico, depois da conquista normanda, sob Henrique II... na idade média inglesa é que ele revestiu a imagem, sob que a Era Moderna o adotou. Foi o júri inglês que serviu de modelo aos revolucionários franceses, expandindo-se, a seguir, da França aos países ocidentais”. (MARQUES, 1955, p. 65).

⁴⁶ Noticia-se que na Noruega (*Langrettomen*), na Suécia (*Nambd*) e na Dinamarca (*Noevinger*) foram encontrados tribunais semelhantes ao “petty jury” (júri de julgamento).

⁴⁷ ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Ricardo R, op. cit., p. 204.

Concílio de Latrão. Era severamente criticado por aceitar a aplicação das ordálias⁴⁸ ou juízos de Deus⁴⁹.

O Júri normando tinha por origem os sínodos da Igreja e as reuniões judiciárias do Império Carolíngio, sendo formado por 24 (vinte e quatro) pessoas identificadas como sendo “conjuradores” escolhidas entre vizinhos do réu e moradores do local onde praticou o crime. Os “conjuradores” juravam pela credibilidade que lhes era depositada que conheciam a pessoa do acusado, e, posteriormente, dissertavam sobre fatos que eram imputados ao acusado e que tivessem conhecimento, servindo na qualidade de testemunhas. Não chegavam a julgar a imputação, mas a sua participação evitava a imposição das ordálias, servindo como um júri de acusação⁵⁰. Destaco:

“Primitivamente, o Jury era apenas um conjunto de testemunhas, por cujo intermédio a communa depunha a favor ou contra o accusado; o seu veredicto, pois, fundava-se sobre o conhecimento proprio do facto e, além disso do character, antecedentes e qualidades do indigitado criminoso. N'este facto se fundava a responsabilidade dos jurados pela resolução proferida, responsabilidade que se manteve até 1570” (sic)⁵¹.

Conforme ressalta Ansanelli Júnior, “(...), o Tribunal do Júri nasceu, na verdade, como uma forma de combate aos abusos dos julgamentos de Deus –

⁴⁸ “As ordálias consistiam em submeter o réu a provas físicas, muitas vezes suplicantes, em que se acreditava que a intervenção divina imprimiria no corpo do verdadeiro criminoso a sua culpa. Os clérigos aplicavam as provas, que, segundo consta, eram ponto culminante da missa. (...)“O rigor dos juízos, entretanto, era frequentemente abrandado pela fraude nas ordálias, inspiradas pela dúvida – evidentemente velada – sobre a justiça do método e pela compaixão que frequentemente o suplicado suscitava”. (ARAÚJO; ALMEIDA, op. cit, p. 204).

⁴⁹ Conforme anotam Vidmar e Hans: “*In England during the Middle Ages colorful methods of proof were often used to settle disputes. Trial by wager of battle, trial by ordeal, compurgation, and trial by witnesses all preceded trial by jury. These medieval methods of proof depended on shared religious beliefs about the directing hand of God*”. (VIDMAR, Neil; HANS, Valeri P. **American Juries**. Amhers: Prometheus Books, 2007, p. 21). Na Inglaterra durante a Idade Média, diversos métodos de prova eram constantemente utilizados para resolver disputas. Julgamento por duelos, batalhas, conspurgação e o julgamento pelo relato de testemunhas precederam o julgamento pelo júri. Esses métodos medievais de prova dependiam de crenças religiosas e na decisão de Deus. (tradução livre).

⁵⁰ “(...) Esses conjuradores afirmavam a princípio de credulidade, isto é, pelo crédito que lhe merecia aquela cuja alegação afiançavam. Mas, com o tempo, foi sendo exigido que só pudessem funcionar como conjuradores os que tivessem conhecimento do fato, por tê-lo visto ou por haver apurado. O juramento passou a ser de veritate, ou de scientiae, isto é, os conjuradores passaram a dizer a verdade do que eles próprios sabiam. Não eram juízes, não julgavam, não entravam na questão de Direito; limitavam-se, como toda testemunha, aos fatos. Verdictum era o dito verdadeiro, isto é, a verdade dita pela testemunha. O recurso aos conjuradores evitava as ordálias (v. verbete Ordália) e, por isso, generalizou-se. Mal ocorria um crime e logo os moradores do lugar eram convocados para examinar o indiciado ao julgamento (indictment). Por isso mesmo, o órgão por eles formado chamou-se júri de acusação. A pronúncia era uma acusação escrita que afirmava haver determinada pessoa cometido um crime ou um delito (na indictment, diz Petterson, op. cit., 202, is a written accusation stating that a person or persons have committed a stipulated misdemeanor or felony)” (TORNAGHI, op. cit. p. 73)

⁵¹ ROCHA, op. cit. p. 61.

as ordálias -, realizados por meio de provas de água e do fogo”⁵², dando importante impulso para a participação na administração da justiça. “Isso porque acabou adotando uma forma de julgamento com regras a serem observadas com vista a proteger os acusados dos desmandos despóticos, ou seja, a instituição do hodierno devido processo legal”⁵³.

Foi Henrique II (da dinastia Plantageneta⁵⁴ e bisneto por linha materna de Guilherme, o Conquistador) quem possibilitou o triunfo da *common law* sobre os ordenamentos jurídicos particulares e locais, os quais ainda eram comandados pela Igreja. Para tanto, o Henrique II instituiu o *King’s peace* e o domínio pessoal do rei sobre a totalidade das terras. Pretendia o Rei Henrique II centralizar a punição de crimes graves, identificados pela ideia de perturbação da paz pública, bem como a resolução de conflitos agrários, retirando poderes das cortes costumeiras e senhoriais⁵⁵.

⁵² ANSANELLI JÚNIOR, op. cit., p. 18. De igual maneira: RANGEL, op. cit., p. 43.

⁵³ Conforme anota o autor, a “(...) forma de julgamento mencionada permitia que o réu recusasse algumas pessoas (hoje, as recusas peremptórias), justamente para assegurar um julgamento mais justo e consentâneo com o *due process of law*”. (id).

⁵⁴ “Plantageneta, Henrique II governou de 1154 a 1189. Ajudou a implantar o sistema feudal na Grã Bretanha porque interessava aos normandos a centralização do poder. Assim, colocando-se no lugar de senhor de todos os feudos, transformou os suseranos em grandes vassalos. Sua luta foi destinada à unificação da Grã Bretanha, o que conseguiu a partir de 1171, quando avançou sobre a Irlanda. Para manter o controle integral e desestabilizar o poder dos suseranos/grandes vassalos, Henrique II, seguindo um modelo visivelmente romano, impõe uma lei do exército, pela qual impede a manutenção e criação de exércitos feudais em troca de proteção que a todos daria desde Westminster. Eis o lugar da força, enfim concentrada em suas mãos”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Orgs). **O novo processo penal à luz da constituição**: análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal., organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 05).

⁵⁵ “O primeiro conceito corresponde ao movimento de publicização do direito criminal, i.e., o predomínio da ideia de perturbação da paz pública sobre a ênfase no dano privado. Seus instrumentos jurídicos foram o *Assize of Clarendon* (1166) e o *Assize of Northampton* (1176), ordenações que excluía as competências das cortes costumeiras e senhoriais para o julgamento dos crimes mais graves, atribuindo-a aos *King’s Justices*, juizes itinerantes que iam de condado em condado acolhendo indiciamentos pelo júri e determinando os procedimentos do juízo. Esta é a origem histórica da *Court of the King’s Bench*. Já o segundo conceito, radicaliza uma concepção feudal dos direitos de propriedade imobiliária e possibilita ao rei a avocação dos conflitos de terra, o que foi possível graças ao *writ of right*, instrumento mandamental que dava ao seu detentor, acesso à corte que futuramente receberia o nome de *Court of Common Pleas*”. (ARAÚJO; ALMEIDA, op. cit., p. 204). Para tentar solucionar os conflitos agrários, o Rei Henrique II instituiu em 1166 o *writ* chamado *novel disseisin* (novo esbulho possessório). Segundo Rangel, o rei “encarregava os sheriffs de reunir doze homens da vizinhança para dizerem se o detentor de uma terra desapossou, efetivamente, o queixoso, eliminando, assim, um possível duelo judiciário praticado até aí.” (RANGEL, op. cit., p. 43).

Henrique II facultou às partes a substituição do “combate judiciário” pela adoção de um procedimento em muito equiparado do “Júri Moderno”⁵⁶. Segundo tal procedimento, caberia ao magistrado do condado chamar quatro cavaleiros os quais tinham por função escolher outros doze dentre os moradores da vizinhança. Superada a possibilidade de recusa pelas partes ou pelo próprio cavaleiro, caberia a eles (cavaleiros-jurados) dar uma solução unânime ao caso. Mas, caso isso não fosse possível, outros cavaleiros eram chamados até que se chegasse a ela. Durante o reinado de Henrique II, as testemunhas que antes eram chamadas para apenas atestar o ocorrido, passaram a ocupar o lugar de verdadeiros juízes do fato.

Com isso, verifica-se que o procedimento do júri foi politicamente utilizado por Henrique II de forma a unificar o poder central que estava representado na sua pessoa, garantindo que o povo expressasse a “verdadeira” vontade do rei (“*The King can do no wrong*”). As decisões não eram questionadas, eis que tomadas pelos iguais. Porém, ao tempo em que outorgava ao povo a aplicação do direito material, que respeitava os costumes de cada região⁵⁷, por outro lado, unificava o direito processual, tornando o procedimento único e consubstanciado no “*Trial by Jury*” (1166).

Com o novel procedimento inglês, renascia-se a participação popular na administração da justiça⁵⁸, dando-se primazia ao sistema acusatório e ao modelo de juiz-cidadão⁵⁹.

⁵⁶ Conforme anota Tornaghi (1977, p. 74): “(...) O primeiro caso conhecido julgado por um júri teve como partes Eduardo I e o bispo de Winchester, e é do século XIII”.

⁵⁷ “É no sistema do *Common Law* elaborado na Inglaterra a partir do século XII e fundamentado na Jurisdição real das decisões, que o sistema acusatório vai deitar as suas raízes. Assinala Geraldo Prado que no campo específico do processo penal, desde o século XII emerge a importância do júri, substituindo os juízes de Deus. O *Grand Jury*, composto por vinte e três jurados de cada condado, tinha a incumbência de denunciar os crimes mais graves aos juízes, enquanto que o *Petty Jury*, composto geralmente por doze jurados, ocupava-se com as provas, onde cada jurado podia ter ciência própria” (GORGULHO, Alessandra Villaça. Permeabilidade Inquisitorial de um projeto de código de processo penal acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Orgs) **O novo processo penal à luz da constituição**: análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43).

⁵⁸ Cf. anota Fauzi Hassan: “Para entender o espírito dessa legislação é necessário ter em mente o significado jurídico-político do julgamento popular para o mundo da common law e que leva operadores do direito a não conceber a realização da justiça fora dessa proceduralização, ou que leva Lord Devlin a assinalar que ‘de todas as instituições criadas pelo sistema inglês, o tribunal do júri é a que pode ser chamada por antonomasia do privilégio de todas as pessoas do Reino Unido’” (CHOUKR, Fauzi Hassan. Participação cidadã e processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 89, vol. 782, p. 459/475, dez/2000, p. 463).

O “*Trial by Jury*” era dividido em um “*Grand Jury*” e um “*Pety Jury*”, sendo o primeiro composto por 23 *boni homines* que tinham por função admitir ou não a acusação e, o segundo, por 12 homens, com competência para aplicar o direito material ao caso levado a julgamento, eis que as regras processuais eram prescritas pelo rei, o qual apenas intervinha para manter a ordem e a disciplina dos debates⁶⁰. “Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. Por sinal, não se produziam provas no início: o *Jury* era a prova⁶¹. Elas só vieram – como regra – nos séculos XV e XVI, como *evidence*, quando já não se tinha mais conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstruir o crime e seus pormenores”⁶².

A sedimentação da origem moderna do Tribunal do Júri se deu com a Magna Carta do Rei João Sem-Terra que, em seu artigo 48 preceituava: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país”. Dessa maneira, o júri surge “com a missão de retirar das mãos do déspota o poder de decidir contrário aos interesses da sociedade da época, nascendo, da

⁵⁹ A convivência entre juízes-magistrados e juízes-cidadãos sempre restou evidenciada como que em um paralelismo histórico, denotando a opção entre o modelo inquisitório e acusatório. Esse itinerário histórico é assim denunciado por Ferrajoli: “(...) Popular em Atenas e na Roma republicana, quando o processo era estruturado de forma acusatória, o juiz se tornou um funcionário na Roma imperial, simultaneamente ao consolidar-se do método inquisitório. Tornou depois a ser popular, na experiência acusatória alemã e sobretudo na inglesa da Alta Idade Média, dos juízes ‘pares’ ou ‘jurados’, configurados de início como os ‘homens probos do bairro’ chamados a realizar o *verdictum* ou testemunho ‘jurado’ da acusação, e transformadores desde a época da *Magna Charta* no hodierno júri. Voltou a ser magistrado na época da Inquisição, até os primórdios da Idade Moderna, quando a *iurisdictio* foi compreendida como manifestação da função soberana e por isso exercitada pelo imperador ou pelo papa, ou ainda por seus delegados, comissários ou oficiais. Foi novamente cidadão na mais breve experiência acusatória introduzida com a Revolução Francesa, que, em coerência com a descoberta iluminista da tradição romana clássica e anglo-saxã, introduziu o júri juntamente ao sistema acusatório. E retornou finalmente a ser magistrado com a restauração, nos Códigos napoleônicos e depois no processo misto de tipo continental, de formas inquisitórias e burocráticas de jurisdição”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 530).

⁶⁰ Constata-se que o sistema de júri adotado deita suas raízes no sistema acusatório e foge do modelo inquisitório onde a “tirania da investigação da verdade a qualquer preço conduzia ao sistema de provas legais, à obrigação do acusado de prestar juramento e à obtenção por qualquer meio da confissão, considerada a rainha das provas” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 46).

⁶¹ Segundo anota Rangel: “Os jurados (pessoas do povo daquela comunidade onde ocorreu o crime) deviam decidir segundo o que sabiam e com base no que se dizia, independentemente de provas, já que estas eram de responsabilidade de outros doze homens de bem recrutados entre os vizinhos, formando assim o pequeno júri (*Petty jury*) que decidia se o réu era culpado (*guilty*) ou inocente (*innocent*). Os jurados, simbolizando a verdade emanada de Deus, por isso doze homens em alusão aos *Doze Apóstolos* que seguiram Cristo, decidiam, independentemente de provas, com base no *vere dictum* (*verdictum* = dizer a verdade), nascendo aí, no júri, o sistema de provas da íntima convicção.” (RANGEL, op. cit., p. 43-44).

⁶² COUTINHO, op. cit., p. 06.

regra acima, o hoje princípio do devido processo legal (*due process of law*), (...).⁶³ A partir de então, o júri se espalhou por grande parte da Europa (França, Espanha, Suíça, Suécia, Grécia, Rússia e Portugal) e Estados Unidos.

Após analisar as origens remotas do Tribunal do Júri, somos obrigados a concordar com Ansanelli Júnior quando aduz que o júri moderno deita sua origem em verdadeiro solo inglês:

“Quer-nos parecer que, realmente, o Júri nasceu na Inglaterra, berço da democracia mundial. Surgiu, inclusive, para combater os desmandos despóticos dos absolutistas e firmar uma garantia em prol da própria sociedade. Os demais embriões da instituição citados, na verdade, foram apenas formas de julgamento pelos pares, destituídas de quaisquer critérios que se assemelhassem ao Tribunal do Júri da atualidade, uma vez que os julgadores na atuavam com a devida imparcialidade, e com os contornos democráticos que devem pautar os julgamentos pelos pares. Somente com a adoção do Tribunal do Júri pelo Concílio de Latrão é que se pode dizer que tenha, realmente, nascido o Tribunal do Júri. Surgido para substituir o absurdo julgamento das ordálias e combater o despotismo dos soberanos, é que ganhou o julgamento popular feições democráticas e baseou-se em critérios mais justos – adequados à época, é claro – para o julgamento de seus pares: consagrou a adoção do *due process of law* (ou *law of the land*), com o intuito de limitar a intervenção do Estado no status dignitatis dos cidadãos”⁶⁴.

O júri ainda mantém grande prestígio na Inglaterra de hoje apesar de sua utilização em menos de 5% (cinco por cento) dos casos criminais atrelados aos crimes de homicídio, estupro e outros tipos penais graves. O *Grand Jury*, composto por 12 a 24 pessoas, perdurou até o ano de 1933. Atualmente, cabe ao juiz levar ou não o processo a júri (*Petit Jury*), o qual cabe decidir pela existência ou não de culpa (*guilty ou not guilty*)⁶⁵.

2.2. ESTADOS UNIDOS

O júri teve nos **Estados Unidos** a sua segunda pátria, eis que ali se instalou antes mesmos de ganhar corpo nos demais países europeus, sendo considerado um “direito ingênito aos americanos, a sua progenitura, o seu

⁶³ RANGEL, op. cit., p. 45.

⁶⁴ ANSANELLI JÚNIOR, op. cit., p. 20.

⁶⁵ Nesse sentido, informa: STRECK, op. cit., p. 76.

patrimônio hereditário”⁶⁶. Encontramos seu nascedouro desde a época colonial⁶⁷, tomando como modelo o júri inglês⁶⁸, o qual restou posteriormente adaptado à sociedade norte-americana por meios das normas, emendas constitucionais e legislações estaduais. Hoje, estima-se que de todos os julgamentos feitos pelo sistema do júri no mundo, 80% (oitenta por cento) são realizados nos Estados Unidos⁶⁹.

A facilidade da implementação do júri nos Estados Unidos pode ser atribuída ao sistema da *common law* arraigado no espírito e na tradição do colonizador inglês⁷⁰, fato que contribui para a sua consolidação no solo americano

⁶⁶ BARBOSA, op. cit., p. 29.

⁶⁷ “O Júri foi uma das instituições mais antigas das colônias inglesas na América do Norte (*Gourd*: “Les Chartes Coloniales et les Constitutions des États Unis, v. II, p. 176). Já o consagrava formalmente a carta régia, outorgada ao primeiro grupo de emigrantes que da Inglaterra veio civilizar aquelas paragens. (*Grane and Moses*: *Polities*, p. 92). A patente dada, em 1629, aos colonos de Plymouth, os pais da América atual, assegurava-lhes entre ‘as livres liberdades do livre povo inglês (... the free liberties of the free-born of England...’ *Story*: ‘Coment’. I, p. 33), santificadas quase na mesma linguagem da Magna Carta quatro séculos antes, o julgamento pelo júri. Já então se reputava, entre os americanos, uma das leis fundamentais (... what may propely be deemed the fundamental laws of their jurisprudence’ *Ib*). Todos os núcleos de população européia acrescentes ao primitivo, no Massachussetts, em Conneticut, em New-York, selavam a inauguração da sua existência debaixo deste céu, com a declaração dessa garantia. (*Story*: ‘Complement’. I, p. 46, 49, 60, 80). Só uma exceção se abriu, a princípio, em New-Haven. (*Gourd*, II, p. 178 – *Alex. Johnston*: ‘The Genesis of a New England State. John Hopkins University Studies in Hist anl Pol. Science. First Series, XI, p. 17). Mas já nesta pequena circunstância, aliás passageira, se poderia observar a relação, invariável em tôda parte, entre o júri e a liberdade; porque essa derrogação à generalidade americana tinha a sua causa na feição teocrática, de que se revestia ali a sociedade colonial: prescindiu-se do júri em razão de não se lhe encontrar apôio nas leis de Moises (*John Fiske*: ‘the Beginings of New England, p. 136, 250). Mediante a constituição da Vergínia, adotada pela assembléia da colônia em 1621 e imitada, ao depois, como padrão comum pelas outras províncias reais, o ‘sistema de govêrno representativo, como o processo do júri, adquiriu foros de direito reconhecido em o novo hemisfério’ (*Geor. Bancroft*: *Hist of the Un. Stat of Amer.*, vol I, p. 117-8); de modo que, muito antes de constituírem nação independente, ‘o julgamento geral de todas as causas pelo juri se acha tão universalmente, estabelecido nas colônias como na metrópole’ (*Story*: ‘Comment’, I, p. 117)”. (*Id*).

⁶⁸ “O Júri americano (...) é oriundo do Sistema da Common Law do Direito Inglês, e apresenta uma estabilidade histórica que vem desde o período colonial, ‘tendo sido consagrado, formalmente, na Carta Régia outorgada ao primeiro grupo de imigrantes incumbido na civilização colonial. (...). Conforme estudo de A. Esmein, citado por Tucci, na Inglaterra, o Júri se desenvolvera com tal pujança que se irradiou pela Europa – salvo a Espanha e a Alemanha – conquistando rapidamente a América. Esclarece o autor: ‘a Inglaterra havia conservado, em matéria criminal, todas as garantias vigorantes nas outras nações da Europa: o sistema acusatório, a publicidade dos procedimentos, a oralidade dos debates; e, ademais, ela desenvolveu a instituição do júri tendo em vista o futuro, e visando a conquistar a Europa e a América, universalizando-a’. (VIVEIROS, op. cit., p. 113).

⁶⁹ HANS, Valeri P.; VIDMAR, Neil. **Judging the jury**. Cambrige: Perseus Publishing, 1986, p. 31.

⁷⁰ Conforme anotam Hans e Vidmar (1986, p. 32): “While it is true that many colonists, including the Puritans and, later, people like William Penn, were rebels and dissenters, nevertheless they thought like English, felt an allegiance to the King, and brought with them English customs, political institutions – and the law. It was natural for the colonists to model their laws on those of the mother country. Thus, early Colonial law was based upon English parliamentary statutes”. (Embora seja verdade que muitos colonos, incluindo os Puritanos e, depois, pessoas como

antes mesmo da sua independência e hoje internalizando um dos primados da democracia norte-americana, exercendo a função de proteção do cidadão contra a execução arbitrária da lei⁷¹. “Daí se dizer, nos Estados Unidos, o júri faz parte da educação dos cidadãos”⁷² e é um símbolo da liberdade num contínuo processo gradual de evolução⁷³.

O sistema legal americano garante preponderância legislativa aos Estados em detrimento da União, os quais ainda atuam de forma residual nas matérias tributadas à legislação federal⁷⁴, razão pela qual, encontramos peculiaridades na constituição do Tribunal do Júri em cada estado americano, os quais, (muitas vezes) diferem entre si e do próprio Júri Federal. Por outro lado, a hierarquia legal (princípio da verticalidade das leis) garante o primado da Constituição Federal, sendo seguida pelas leis e atos federais, Constituições Estaduais, leis e atos estaduais e leis e atos municipais.

O julgamento pelo Tribunal do Júri (*trial by jury*) está previsto no Artigo III da Constituição norte-americana (*“O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei”*) e consagrado na Quinta Emenda (*“Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar ou na milícia,*

William Penn, fossem rebeldes e dissidentes, no entanto, eles pensavam como os Ingleses, sentiam uma lealdade pelo Rei e trouxeram com eles os costumes Ingleses, instituições políticas – e a lei. Era natural que os colonizadores moldassem suas leis baseadas nas leis inglesas. Assim, as leis coloniais foram no início baseadas nas leis inglesas” (tradução livre).

⁷¹ Nesse sentido, ver o caso *Williams v. Flórida*, julgado pela Suprema Corte em 1970.

⁷² VIVEIROS, op. cit., p. 114.

⁷³ HANS; VIDMAR, op. cit., p. 32.

⁷⁴ “A competência legislativa nos Estados Unidos foi claramente definida pela décima emenda à Constituição, que dispõe, *verbis*: ‘Os poderes que a Constituição não delega aos Estados Unidos, e que não proíbe que os Estados exerçam, são reservados a cada um dos Estados, respectivamente, ou ao povo’. Assim, a competência legislativa, como regra, pertence a cada um dos estados federados, enquanto a competência legislativa do Congresso e das autoridades federais é exceção. E, ademais, mesmo nas matérias de competência federal, as autoridades dos Estados têm uma competência residual, pela qual podem editar leis e regulamentos que preencham lacunas sempre observados os princípios e valores constitucionais. (...). Os Estados-membros naquela federação gozam de acentuada autonomia e têm competência para legislar sobre matéria criminal e processual, havendo por isso diversidade entre as legislações, inclusive no que diz respeito à política penitenciária, regime de aplicação e gradação das penas”. (VIVEIROS, op. cit., p. 107-108 e 110).

durante serviço ativo; (...)". A Sexta Emenda destaca que: *"Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado"*⁷⁵. A Sétima Emenda, por sua vez, estende a competência do júri para as causas civis (*"Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro"*).

Visualiza-se assim ser o júri uma "garantia fundamental vinculada exclusivamente ao *status* político do cidadão, ou seja, tem ele o direito ao julgamento pelo júri pelo simples fato de ser cidadão"⁷⁶. Trata-se na verdade de um binômio: ser julgado perante o júri popular e poder participar como jurado da administração da justiça⁷⁷.

Nos júris federais criminais, a Suprema Corte tem declaradamente exigido que o júri seja presidido por um magistrado, o qual, além de exercer a presidência dos trabalhos, julga admissíveis as provas apresentadas e instrui o Conselho de Sentença a decidir de acordo com a lei e com os fatos⁷⁸. Além do

⁷⁵ Ao interpretar a Sexta Emenda, a Suprema Corte decidiu que o direito de ser julgado por um júri imparcial é um ingrediente necessário ao princípio do devido processo legal (*Duncan v. Louisiana*, 391, U.S. 145 - 1968).

⁷⁶ VIVEIROS, op. cit., p. 130.

⁷⁷ Conforme anota Rangel: "A função de jurado nos EUA é uma função responsável pela educação da sociedade sobre os valores morais, democráticos e legais, legitimando as decisões que emanam do povo, pois ser jurado é um direito de todos e qualquer cidadão que preencha os requisitos legais. (...) A pedra angular da justiça nos EUA é o processo perante o tribunal do júri, pois o cidadão americano tem plena consciência de que sua participação na vida pública não apenas se efetua a partir do direito ao voto, mas sim, em especial, de sua integração ao corpo de jurados. A cidadania também é exercida no tribunal do júri, pois o poder emana do povo e, por intermédio dele, se evitam decisões arbitrárias na aplicação da lei" (RANGEL, op. cit., p. 47 e 48).

⁷⁸ Segundo recorda Nucci, o magistrado deve ainda se abster de proferir qualquer declaração que possa influenciar os jurados. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri. Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira: 1999, p. 73).

magistrado, o júri é ainda composto por não menos de 12 (doze) jurados⁷⁹ os quais devem decidir de forma unânime⁸⁰, seguindo-se o modelo original inglês⁸¹:

“The Court in *Patton v. United States* (1930) explained that a jury trial ‘includes all the essential elements as they were recognized in this country and England when the Constitution was adopted’: Those elements were: 1) That the jury should consist of twelve men, neither more nor less; 2) that the trial should be in the presence and under the superintendence of a judge having power to instruct them as to the law and advise them in respect of the facts; and 3) that the verdict should be unanimous”⁸².

De maneira diversa, as mesmas normativas não são exigidas para os júris estaduais onde, por vezes, se admite que a decisão seja proferida de maneira não unânime (*Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 – 1972⁸³; *Apodaca v.*

⁷⁹ “Na medida em que não havia disposição legal que estabelecesse a forma de organização do júri, foi a jurisprudência que desenvolveu a fórmula do funcionamento da instituição, com doze jurados (como na Inglaterra) e a presidência de um juiz togado”. (STRECK, op. cit., p. 77)

⁸⁰ Conforme anota Maurício Antônio Ribeiro Lopes, a garantia da regra da unanimidade vem consagrada desde a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12 de junho de 1776, onde se encontra prevista no n. VIII “que em todo processo criminal, incluídos aqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime, não se poderá considerá-lo culpado”. (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Do sigilo e da incomunicabilidade no júri. In, TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do júri**. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p. 283). O primeiro caso de julgamento unânime que se tem notícia ocorreu em 1367, quando uma Corte Inglesa se recusou a aceitar uma condenação por onze votos contra um quando o único jurado divergente afirmou que preferiria morrer na prisão do que concordar com a condenação (ABRAMSON, Jeffrey. **We, the jury**. The jury system and ideal of democracy. Cambridge: Harvard University Press: 2003, p. 179).

⁸¹ Segundo informa Streck, o atual modelo inglês já não exige a unanimidade de votos, admitindo-se decisões tomadas por maior de 10-2 ou 11-1, pelo menos. *In verbis*: “ (...) Com efeito, o artigo 17 da Lei de 1974 (*Juries Act*) habilita o juiz de primeira instância a aceitar um veredicto por maioria, depois de pelo menos duas horas de deliberações infrutíferas do júri. Este veredicto é efetivo se obtiver adesão de dez jurados em um júri de onze ou mais, ou de nove em um júri de dez. Se o corpo de jurados não chegar a um acordo, unânime ou por maioria, o juiz pode desonerá-los de sua função. Tal circunstância não significa que o acusado tenha sido absolvido. No novo julgamento, em não havendo acordo outra vez, a acusação fica sem condições de ser provada. No que concerne aos recursos, embora admitidos, são de difícil consecução, em razão do fato de as decisões serem imotivadas. São as razões formais (nulidades) que acabam sendo o fundamento da maioria das invalidações de julgamentos”. (STRECK, op. cit., p. 76).

⁸² SAVAGE. David G. **The Supreme Court and individual rights**, 5th ed, Washington-DC: CQ Press, 1992, p. 267: “No julgamento de *Patton v. United States* (1930) o Tribunal explicou que um tribunal do júri ‘inclui todos os elementos essenciais como eles foram reconhecidos neste país e na Inglaterra, quando foi promulgada a Constituição’. Os elementos eram: 1) Que o júri deve ser composto por doze homens, nem mais nem menos; 2) que o julgamento deve ser realizado na presença e sob a presidência de um juiz que tem poder para instruí-lo quanto à legislação e aconselhá-lo em relação aos fatos, e 3) que o veredicto deve ser unânime”. (tradução livre).

⁸³ Nesse caso, a Suprema Corte confirmou a condenação de um assaltante por nove votos contra três, destacando que a ausência de unanimidade não pode ser igualada a existência de “dúvida razoável” e que a decisão não ofenderia o devido processo legal.

Oregon, 406 U.S – 1972⁸⁴) e que Conselho de Sentença seja composto por menos do que doze jurados⁸⁵. Até 1968, por exemplo, o Estado da Louisiana garantia o julgamento pelo júri apenas para os crimes puníveis com penas de morte e trabalhos forçados. Caso contrário, o julgamento era realizado por um juiz, mas sem a participação do júri. Se o crime permitisse, mas não requeresse uma pena de trabalhos forçados, o acusado tinha direito a um julgamento por um júri formado por cinco jurados as quais deveriam decidir de maneira unânime. Se o crime requeresse uma punição de trabalhos forçados, o júri deveria ser formado por doze jurados em decisão não unânime, pois bastariam nove votos no mesmo sentido para a condenação. Se o crime fosse punido com pena de morte, o júri era formado por doze jurados que decidiriam de maneira unânime⁸⁶.

Depois do caso *Duncan v. Louisiana* (1968), a Suprema Corte passou a analisar a constitucionalidade do julgamento pelo júri nos diferentes estados da federação, procurando definir critérios para que se efetive a verdadeira representação da sociedade.

De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, o júri exerce a função de prevenir o cidadão contra os abusos do poder estatal. Para tanto, a composição do júri deve observar um número mínimo de seis jurados, os quais devem, além de representar a comunidade onde vivem, decidir de forma livre e isenta de pressões⁸⁷. Tais características se ilustram de maneira emblemática no caso *Williams v. Florida* (1970), onde a Corte realizou exegese histórica a respeito do número de jurados para a composição do conselho de sentença:

“We do not pretend to be able to divine precisely what the word ‘jury’ imported to the Framers, the First Congress, or the States in 1789. It may well be that the usual expectation was that the jury would consist of 12, and the hence, the most likely conclusion to be drawn is simply that little thought was actually given to the specific question we face today. But there is absolutely no indication in ‘the intent of the Framers’ of an explicit decision to equate the constitutional and common law characteristics of the jury. Nothing in this history suggest, then, that we do violence to the letter of the Constitution by turning to other than purely historical considerations to determine which features of the jury system, as it existed at common law, were preserved in the Constitution. The relevant inquiry, as we see it, must be the function which the particular feature performs and its relation to the

⁸⁴ No julgamento referenciado, dois homens foram condenados pelos crimes de furto mediante arrombamento e roubo com uso de arma letal por onze votos contra um (11 x 01) e dez votos contra dois (10 x 02). A decisão do Oregon foi igualmente confirmada pela Suprema Corte.

⁸⁵ Para júris formados pelo número de seis jurados exige-se decisão unânime (*Burch v. Louisiana*, 441, U.S 130 – 1979).

⁸⁶ JONAKAIT, Randolph N. **The american jury system**. United States: Yale University, 2003, p. 87-88.

⁸⁷ Nesse sentido, destaca-se o caso *Ballew v Georgia*, 435 U.S. 223, 233 (1978).

purposes of the jury trial. Measured by this standard, the 12-man requirement cannot be regarded as an indispensable component of the Sixth Amendment... (...). The essential feature of a jury obviously lies in the interposition between the accused and his accuser of the common-sense judgment of a group of laymen, and in the community participation and shared responsibility which results from the group's determination of guilt or innocence. The performance of this role is not a function of the particular number of the body which makes up the jury. To be sure the number should probably be large enough to promote group deliberation, free from outside attempts at intimidation, and to provide a fair possibility for obtaining a representative cross section of the community. But we find little reason to think that these goals are in any meaningful sense less likely to be achieved when jury numbers six, than when it numbers 12 – particularly if the requirement of unanimity is retained. And, certainly the reliability of the jury as a factfinder hardly seems likely to be a function of its size”⁸⁸.

Em outro julgado e ainda deliberando acerca do número correto de jurados para a composição dos julgamentos, a Suprema Corte destacou que júris constituídos por poucos membros têm um efeito negativo em suas deliberações e que assim não representariam a contento a comunidade:

“The smaller the group, the less likely are members to make critical contributions necessary for the solution of a give problem... Memory is important for accurate jury determinations. As juries decrease in size,... they are less likely to have members who remember each of the important pieces of evidence or argument. Furthermore, the smaller the group, the less likely it is to overcome the biases of its members to obtain an accurate result. When individual and group decision-making were compared, it was seen that groups performed better because prejudices of individual were frequently counterbalance, and objectivity resulted. (...). If a minority viewpoint is shared by 10% of the community, 28,2% of 12 members juries may be expected to have a minority representation, but 53,1% of 6 members juries would have none”⁸⁹.

⁸⁸ Segundo anota SAVAGE (1992, p. 268-269): “Nós não fingimos ser capazes de adivinhar precisamente o que a palavra ‘júri’, significou para os Legisladores, o Primeiro Congresso, ou para os Estados em 1789. É bem possível que a expectativa comum era de que o Júri consistiria em 12 e, portanto, a conclusão mais provável a se tirar é de que simplesmente pouca atenção foi dada à questão específica que hoje enfrentamos. Mas absolutamente não há indicação na “intenção dos Legisladores” de uma decisão explícita para equacionar as características constitucionais do júri com suas características oriundas da *common law*. Nada nesta história sugere, então, que estejamos violentando a letra da Constituição ao adotarmos considerações não puramente históricas para determinar quais aspectos do sistema do júri, como existente na *common Law*, foram preservados na Constituição. A questão relevante, em nossa opinião, deve ser qual a função que uma particular característica desempenha e sua relação com os objetivos do julgamento pelo júri. Considerado sob esse princípio, o requisito de 12 pessoas não pode ser reputado como componente indispensável da Sexta Emenda.... A característica principal do júri obviamente consiste na interposição entre o acusado e seu acusador do julgamento pelo senso comum de um grupo de leigos, e na participação comunitária e responsabilidade compartilhada que resulta da determinação de culpa ou inocência pelo grupo. O desempenho desse papel não é determinado pelo número de pessoas que compõe o júri. Para se ter certeza, o número deveria ser grande o suficiente para possibilitar a deliberação em grupo, livre de tentativas de intimidações exteriores, e para viabilizar uma possibilidade justa de se obter uma amostra representativa da comunidade. Mas nós vemos poucos motivos para se pensar que estes objetivos sejam de qualquer forma menos prováveis de serem alcançados quando o número de jurados é de seis, do que quando o número de jurados é de doze – especialmente se a unanimidade é mantida como requisito. E, certamente é pouco provável que a confiabilidade do júri como um aferidor de fatos se deva ao seu tamanho.” (tradução livre).

⁸⁹ “Menor o grupo, é menos provável que os membros possam trazer contribuições críticas necessárias para a solução de um problema... A memória é importante para as

Chegou-se a conclusão que os júris formados por um maior número de jurados são mais representativos das minorias, recordam melhor as provas, promovem uma melhor discussão e trazem maiores informações do que as deliberações realizadas por apenas seis pessoas⁹⁰.

No júri norte-americano, os jurados não respondem a uma série (indeterminada) de quesitos específicos sobre as teses levantadas no caso concreto. Privilegia-se o procedimento deliberativo e a busca do sentido comum na interpretação dos fatos e das provas:

“Na deliberação, o júri deve proceder a uma correta aplicação do sentido comum aos fatos, o que inclui ‘compensar os distintos prejuízos e opiniões parciais’ com o fim de minimizar o perigo potencial da atitude irracional e carente de juízo daqueles que poderiam decidir a condenação em ausência de provas suficientes, ou absolver o acusado quando os elementos probatórios assinalam claramente sua culpabilidade’. O outro objetivo do critério de equilibrar as distintas peculiaridades é ‘assegurar às partes do processo que os jurados, aos quais se apresenta a causa, elaborarão o veredicto única e exclusivamente a partir das provas apresentadas’.”(Ballew v. Georgia, 1978, p. 234; Johnson v. Louisiana, 1972, p. 398 e Swain v. Alabama, 1965, p. 215;)⁹¹.

O *trial by jury* na jurisdição federal pode ser dividido em dois momentos. Para os crimes graves (*felonies* e os punidos com pena de morte), o acusado tem o direito (consecutório ao princípio do *due process of law*) de a acusação ser primeiramente apreciada por um grupo de membros da comunidade (variando-se entre 16 a 23 membros, de acordo com cada Estado), os quais decidem por maioria⁹². O chamado “Grande Júri” serve como um “escudo”⁹³ de

decisões precisas do júri. Quando os júris diminuem no tamanho,... diminuem as probabilidades de possuir membros que se recordem de cada uma das evidências importantes ou dos argumentos. Além disso, sendo um grupo pequeno, é menos provável que superem as polarizações de seus membros para obter um resultado exato. Quando as decisões individuais e do grupo foram comparadas, observou-se que o grupo teve melhor desempenho porque os preconceitos individuais eram frequentemente contrabalanceados e o julgamento se tornou objetivo. (...). Se um ponto de vista minoritário é compartilhado por 10% da comunidade, 28,2% de um júri composto por doze membros podem vir a representar essas minorias, mas 53,1% de um júri de seis membros não teriam nenhuma representação” (tradução livre) (JONAKAIT, Randolph N. **The american jury system**. United States: Yale University, 2003, p. 90).

⁹⁰ *Ballew v Georgia*, 435 U.S. 223, 239 (1978).

⁹¹ VIVEIROS, op. cit., p. 116.

⁹² Conforme Lafave e Israel, citados por Nucci, pesquisas indicam que somente um pequeno percentual de casos submetidos ao grande júri deixam de ser acolhidos (cerca de 3 a 8%). (NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri. Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira: 1999, p. 72)

⁹³ “O Grande Júri é chamado por muitos de ‘o escudo’, porque se situa entre o acusador e o acusado, protegendo o indivíduo contra a persecução penal opressiva e infundada, e a ‘espada’, porque pode atuar como órgão de investigação contra o suspeito. O ‘quorum’ de deliberação, para aceitar a acusação é de maioria simples. É um órgão de acusação e de

proteção do acusado frente a acusações infundadas e tem por função, após apreciar e investigar⁹⁴ as evidências trazidas pelo Promotor (*indictment*), admitir a imputação através de um procedimento sigiloso e autorizar o julgamento perante o “Pequeno Júri” (*Petit Jury*).

A ausência da previsão do “Grande Júri” no sistema brasileiro atual é objeto de crítica pela doutrina, especialmente por imputar ao magistrado a obrigação de qualificar o fato e decidir sobre o tipo penal à revelia do júri (juiz natural da causa). Conforme anota Pasqualotto:

“Aparenta-se mais apropriado o sistema do grande júri americano, reunido para assistir a coleta de prova, sob a presidência do juiz, que pode excluir as provas consideradas irrelevantes, inclusive aplicando a regra do *ouvi-dizer*, ou seja, inadmitir como provados fatos dos quais a testemunha não tem conhecimento direto. A prova torna-se mais definida, com delimitação prévia do seu âmbito e delimitadora do debate posterior, apto então a uma discussão mais consequente. Aos jurados se poderia dedicar, portanto, uma função reconstitutiva do fato, estabelecendo-se a sua participação na fase empírica do processo, sobre cujos assentamentos o juiz deverá pronunciar uma decisão.”⁹⁵

A ausência de participação popular na primeira fase do procedimento do júri adotado no Brasil (CPP/1941) pode gerar o que Tiago Ivo Odon chamou de uma quebra da própria presunção de inocência, eis que o acusado é “progressivamente culpabilizado”: “indicado na polícia, depois denunciado no processo judicial, e, finalmente, pronunciado, para que se dê início ao procedimento do júri. A presunção oficiosa, portanto (...) é de culpa, e não de inocência.”⁹⁶

investigação que, no entanto, não tem a função de julgar, de decidir sobre a culpabilidade ou inocência do possível infrator. Na ampla competência criminal do Grande Júri se destacam, além dos procedimentos criminais que se lhe apresentam, funções de investigação da conduta de funcionários públicos, agências de governo, escândalos públicos etc. É o caso, por exemplo, do Grande Júri Federal convocado, em janeiro de 1998, para apurar o envolvimento do Presidente Bill Clinton no escândalo amoroso com Mônica Lewinsky, ex-estagiária da Casa Branca, em Washington”. (VIVEIROS, op. cit., p. 120). No mesmo sentido: NUCCI, op. cit., p. 72, nota 24.

⁹⁴ “Como decorrência de suas funções investigatórias e de admissão da imputação, e não de julgamento, o Grande Júri tem amplos poderes para tomar declarações testemunhais, proceder o levantamento do local dos fatos, e, enfim, decidir se o acusado deve ou não comparecer em juízo. Todos os procedimentos perante ele são secretos, inclusive a votação, só se ouvindo o Ministério Público, já que até então não há a figura do acusado. Chama-se *before trial* esta fase preliminar. E se, por decisão de no mínimo doze jurados, o júri está convencido de que as provas obtidas autorizam uma condenação, o ‘projeto’ de acusação do Promotor se transforma numa acusação legal” (VIVEIROS, op. cit., p.120).

⁹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. A participação da sociedade na distribuição da justiça. Rio Grande do Sul. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 35, pág. 252-262, ano 1995, p. 262.

⁹⁶ IVO, Tiago Ivo. **O modelo de justiça criminal no Brasil**. As ideias de verdade e liberdade ao longo da história. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 213. Paulo Rangel recorda que o Código de Processo Criminal do Império adotava as figuras do “Grand Jury” e do “Petty Jury”, sendo atribuição do primeiro decidir sobre a admissibilidade da acusação para o efeito de encaminhar o acusado para o julgamento pelo segundo. Assim, a “sociedade é quem dizia se o réu devia ou não ir a julgamento popular. Era um mecanismo de controle popular sobre o

O *Petit Jury* é composto na maioria dos estados norte-americanos por 12 (doze) jurados (*layman*), os quais exercem a função de julgadores do caso e recomendam a pena a ser aplicada pelo magistrado⁹⁷.

No sistema norte-americano, tanto o juiz quanto o promotor são eleitos⁹⁸ pela comunidade, dispondo o primeiro de um grande orçamento, apoio de pessoal e estrutura investigativa. O Promotor-Chefe tem a prerrogativa de arquivar investigações ou proceder a acusação apresentando suas razões perante o júri. Com isso, verifica-se que o júri exerce uma barreira contra “acusações e condenações eleitoreiras”, representando verdadeira salvaguarda e patrimônio das garantias individuais. Destaco:

“Num sistema onde os juízes e promotores são eleitos e nomeados pelo Poder Executivo, inexistindo concurso público de admissão, onde prevalece o sistema do direito costumeiro, mais frágil que o princípio da reserva legal recomendada, bem como onde se privilegia a participação do cidadão leigo na administração da justiça, o júri é uma garantia que o réu tem contra a opressão eventualmente assacada contra sua pessoa por um acusador parcial, em campanha eleitoral, buscando destacar-se na mídia, ou contra o juiz, igualmente em campanha, pretendendo mostrar aos seus eleitores que é servo no combate ao crime. Sentindo-se, pois, pressionado pela máquina estatal, pode invocar, como

exercício abusivo da acusação do Estado absolutista de levar um de seus súditos ao banco dos réus, sem que houvesse o mínimo de provas autorizadoras.” O mesmo autor destaca a existência de regra que impedia que o jurado que tivesse participado do “Grande Jury” compusesse o “Petty Jury”, fato que garantia a imparcialidade do juiz natural. Porém, conforme anota, “tal regra não é usada nos dias de hoje em que o juiz da decisão de pronúncia, muitas vezes, é o próprio juiz presidente da sessão plenária, com graves prejuízos à imparcialidade do julgamento. O código atual tem regra clara que demonstra que o juiz do julgamento não pode ser, diante da Constituição da República, o mesmo que funcionou no curso do processo. Logo, mister se faz a existência de um juiz apenas para presidir o julgamento, livre e desembaraçado de todo e qualquer incidente ocorrido durante a instrução, bem como de toda e qualquer medida que possa comprometer sua imparcialidade. A estrutura do tribunal do júri no Império, levando-se em conta a sociedade da época, foi a mais democrática já tida no ordenamento jurídico brasileiro, até porque originária do berço da democracia e dos direitos e garantias individuais: a Inglaterra”. (RANGEL, op. cit., p. 67/68).

⁹⁷ “Só em sete Estados daquela Federação se exige um Júri de doze membros regidos pelo sistema de *quorum* de unanimidade, tanto em causas civis, quanto penais. Nos Júris formados por seis membros, a regra resolutória para condenação é sempre de unanimidade, enquanto nos Júris de doze jurados, se admite a decisão por maioria de dois terços. Contudo, a Suprema Corte Norte-Americana julgou constitucional a possibilidade de veredicto condenatório sem unanimidade, porque a 6ª Emenda à Constituição estabeleceu o direito ao Júri imparcial, mas não obrigou a unanimidade das decisões”. (VIVEIROS, op. cit., p.121).

⁹⁸ Um sistema que privilegia a eleição dos juízes é durante criticado por Ferrajoli, pois, para o autor, não cabe ao magistrado representar maiorias ou minorias, deve sim exercer um poder jungido à legalidade e por vezes contramajoritário. Segundo o renomado autor: “(...) O juiz, diversamente dos órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo, não deve representar maiorias nem minorias. E o consenso do eleitorado não só é desnecessário, mas pode ser até mesmo perigoso para o correto exercício das suas funções de averiguação da verdade e de tutela dos direitos fundamentais das pessoas por ele julgadas. A sanção de não reeleição por falta de confiança popular, em que deveria se manifestar a responsabilidade política está, conseqüentemente, em contraste com a submissão do juiz somente à lei, que impõe que ele decida contra as orientações da maioria ou ainda da totalidade de seus eleitores, caso estes se oponham às provas por ele aceitas e aos direitos confiados à sua tutela.” (FERRAJOLI, op. cit. p. 548).

garantia, o julgamento pelo júri, conseguindo que seus pares decidam seu destino”⁹⁹.

Das decisões condenatórias do júri, cabe o recurso de “*appel from a conviction*”, onde, se provido, determina-se a realização de um novo julgamento. Contudo, em caso de absolvição, não é possível a interposição de recurso pela promotoria em função do princípio que veda a dupla incriminação ou “*double jeopardy*”¹⁰⁰.

Ainda em relação ao júri norte-americano, merece destaque a existência de dois institutos de grande significância naquele sistema: o *guilty plea* e a *plea bargaining*.

No *guilty plea* o julgamento pelo júri é afastado quando o acusado se declara culpado. No *plea bargaining*, por sua vez, verifica-se uma negociação entre o acusado, o promotor e por vezes a vítima, onde se busca uma solução para a acusação diante do quadro probatório apresentado. Exemplo emblemático se dá quando o acusado prefere confessar a prática de um ilícito para mudar a tipificação de um crime de sua forma qualificada para a sua forma simples. Trata-se de um instituto que não escapa às críticas, especialmente pela possibilidade de um “*overcharge*” na acusação para forçar o réu a um acordo. Por vezes, ainda pode ser utilizado para fins “eleitoreiros” (vez que, conforme já assinalado, nos Estados Unidos, tanto o Promotor Chefe quanto os juízes são eleitos), ou, conforme já decidiu a Suprema Corte, para fim de evitar o engessamento da máquina judiciária, fato que se faria sentir se todos os processos chegassem até julgamento¹⁰¹.

Por fim, ressalta-se que a despeito do julgamento pelo júri ser considerado uma garantia do cidadão americano (art. 3º da Constituição dos Estados Unidos e 5ª, 6ª e 7ª Emendas), o mesmo dispõe da faculdade de renunciar a ele quando se tratar de um Júri Federal. É o que ficou decidido no caso *Patton v.*

⁹⁹ NUCCI, op. cit., p. 73. No mesmo sentido: STRECK, op. cit., p. 78.

¹⁰⁰ Conforme bem ressaltado por Viveiros, a “definitividade da absolvição naquele modelo de Júri, em face da incontestabilidade da decisão pelos tribunais por meio de recursos, ao lado da impossibilidade jurídica da modificação do conteúdo da sentença condenatória pelas instâncias superiores em sede de recursos, dá a real dimensão do significado e do respeito que o povo americano confere à sua instituição de justiça popular”. (VIVEIROS, op. cit., p. 124)

¹⁰¹ Nesse sentido anota Angelo Ansanelli Júnior que a “própria Suprema Corte, no caso *Santobello x New York* em 1971, deixou assentado que o *plea bargaining* é instrumento essencial ao funcionamento da Justiça Penal dos Estados Unidos. Contudo, enfatizam Edmundo Oliveira et al que, em ‘crimes com grande ressonância social, o prosecutor não tem aceito o *plea bargaining*, pois prefere que se cumpra todo o ritual [...] para que a comunidade veja que a Justiça funciona de forma transparente’”. (ANSANELLI JÚNIOR, op. cit., p. 194)

U.S., 281, U.S. 276, 288, onde assentou-se ser o júri um privilégio renunciável do acusado¹⁰². Contudo, nos casos de pena de morte, além de exigir-se a plena consciência do acusado e a concordância de seu advogado, seu desejo deve contar com a anuência do juiz e do promotor¹⁰³.

2.3. FRANÇA

O júri também deitou suas raízes no solo **francês** pós Revolução Francesa (1789), onde as instituições judiciárias passaram a ser remodeladas ao primado da dignidade da pessoa humana, com garantia de defesa e publicidade das audiências¹⁰⁴.

O júri foi utilizado para combater um judiciário caracterizado pela falta de independência e vinculação à monarquia¹⁰⁵, guiado pelos métodos da

¹⁰² “Até hoje, esse é o significado do direito ao julgamento pelo Tribunal do Júri nas cortes federais, embora tais preceitos tenham sido amenizados nas estaduais. A Suprema Corte, por sua vez, chegou a pronunciar-se a respeito, interpretando essa cláusula, e declarou que todo acusado tem o direito a ser julgado pelo júri quando a condenação puder ultrapassar uma pena privativa de liberdade de seis meses (*Baldwin v. N.Y.*, 399, U.S., 66, 1970). É direito constitucional impostergável. Apesar dos Estados Unidos serem uma autêntica Federação, cujos Estados são bastante autônomos, a aplicação da 6ª Emenda nas cortes estaduais foi garantida pela 14ª Emenda (‘Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos...’). (NUCCI, op. cit., p. 71). Conforme anota Ramos, “uma vez que não existem condições econômicas e políticas de submeter ao júri todos os casos criminais, a opção da Suprema Corte norte-americana foi tratá-lo como um privilégio dos acusados, que podem dele abrir mão, o que, de certa maneira, foi estabelecido em troca de um aperfeiçoamento da cláusula do *due process of law*. Essa opção preservou a justiça penal norte-americana que, caso contrário, seria virtualmente inadministrável.” (RAMOS, João Gualberto Garcez. O júri como instrumento de efetividade da reforma penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, n. 699, p. 283-288, jan. 1994, p. 284).

¹⁰³ “Em cortes estaduais, o mesmo ocorre, embora com diferentes limitações: alguns Estados não permitem afastar o julgamento pelo júri em casos puníveis com pena de morte; outros, nos casos de crimes graves etc. Deve ser lembrado que os Estados Unidos possuem um sistema de administração de justiça bem diferente da Europa continental, de onde o Brasil herdou a maior parte dos seus institutos jurídicos. Não é de se espantar, pois, que possa o acusado evitar o julgamento pelo júri, inclusive admitindo diretamente sua culpa, caso em que pode ser imediatamente sentenciado”. (Ibid, p. 73)

¹⁰⁴ Nesse sentido: decretos de 08 de outubro de 1789 e 03 de novembro de 1790 (“Art. 14 – Tanto em matéria civil como criminal as audiências serão públicas e todos os cidadãos terão direito de defender as suas causas quer verbalmente, quer por escrito”; “Art. 15 – O Jury funcionará nas causas crimes; a instrução será feita publicamente e terá a publicidade que for determinada”) editados pela Assembléia Constituinte francesa.

¹⁰⁵ Os juízes franceses não possuíam requisitos básicos para exercer uma jurisdição imparcial. Faltava-lhes o que a doutrina de Ferrajoli identifica como **equidistância**, **independência** e **naturalidade**. *In verbis*: “Chamarei *equidistância* o afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; *independência* à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; *naturalidade* à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem *garantias orgânicas* que consistem do mesmo modo em

tortura e do segredo e substituí-lo por outro, constituído pelo povo, envolto pelos novos ideais igualitários¹⁰⁶. Nesse sentido, merece destaque a pena de Rocha:

“Os abusos, as violências, as barbaridades da tortura, a dominação absoluta da vontade dos déspotas haviam preparado o advento d’essa instituição, como um porto de bonança e de salvamento. Os espíritos estavam absorvidos pela palavra dos mais notáveis homens públicos: a magistratura e a philosophia tinham feito a propaganda”¹⁰⁷.

Os revolucionários franceses, influenciados pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade e inspirados no modelo inglês e americano, viram no júri uma forma de fortalecer as garantias individuais e instrumento de luta contra a inquisitorialidade ainda latente¹⁰⁸, “simbolizando vigorosa forma de reação

separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências. É supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.” (FERRAJOLI, op. cit., p. 534).

¹⁰⁶ Conforme informa Streck: “A falta de fé nos juízes baseava-se no trabalho que estes haviam realizado em favor do monarca absoluto, trabalho esse caracterizado pelo conformismo e pela docilidade, conforme bem resumido por Tocqueville: ‘Não se pode esquecer jamais que, se por um lado, o Poder Judiciário no Antigo Regime se estendia sem cessar além da esfera natural de sua autoridade, por outro, nunca a completava por inteiro’. Desde então fomentou-se uma tradição na França que se estende até nossos dias. Revela notar a exclusão dos tribunais da tarefa de garantir a Constituição, exclusão que marca o sistema francês e que tem influído o pensamento europeu sobre essa matéria”. (STRECK, op. cit., p. 79) No mesmo sentido: NUCCI, 2008, p. 42. E ainda: VIVEIROS, op. cit., p. 12-13.

¹⁰⁷ ROCHA, op. cit. p. 75.

¹⁰⁸ Segundo bem explicita Ferrajoli: “Foi em nome desta concepção popular da jurisdição que o pensamento liberal clássico, lembrando os horrores da inquisição, alinhou-se principalmente em favor do modelo ‘juiz cidadão’. ‘O poder judiciário’, escreveu Montesquieu, ‘não deve ser confiado a um senado permanente, mas sim a pessoas escolhidas dentre o povo, em determinados períodos do ano... É necessário, além disso, que os juízes possuam a mesma condição do acusado, isto é, sejam seus pares, para que ele não possa suspeitar de ter caído nas mãos de pessoas propensas a lhe tratar com violência’. ‘O povo julga a si mesmo’, acrescentou Kant, ‘através de seus concidadãos que ele nomeia para esse efeito, com livre escolha, com seus representantes, para cada ato particular’. Por sua vez, Francesco Carrara quis identificar no instituto dos jurados um dos fundamentos do ‘quadrilátero das liberdades’ e não hesitou em manifestar ‘repugnância’ pelos juízes burocratas, assalariados e dependentes do governo, tanto mais se não afeitos a dar conta dos motivos de suas decisões. E Lauzé de Peret conseguiu chamar ‘ordinário’ só aos juízes populares ou jurados, em cada uma dos quais ‘o acusado vê um outro si mesmo’ se forem ‘seus pares’, isto é, ‘homens semelhantes a ele’; enquanto chamou ‘especiais’ ou de ‘exceção’ todos os juízes permanentes ou ‘de carreira’, ‘que não são iguais pares ao acusado’ e portanto, na medida em que decidem com base na livre convicção e sem o vínculo das provas legais, equivalem a ‘ditadores sem risco público’. Certamente, admitiam Carrara e Lucchini, os juízes populares não têm ‘conhecimento legal’, o que torna problemática a sua capacidade de apresentar a motivação. Mas os juízes magistrados, acrescentam, têm o vício mais grave do ‘costume’, que pode provocar a ‘fossilização intelectual’, a ‘indiferença’ e a ‘perniciosa desenvoltura no decidir’” (FERRAJOLI, *Apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri: reformas, continuísmo e perspectivas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 06, nota 26.).

ao absolutismo monárquico¹⁰⁹”. Tratava-se de um mecanismo político por excelência¹¹⁰. “Uma das cabeças mais políticas da revolução francesa dizia que **o júri valia mais do que toda a constituição da Inglaterra**. Essa instituição, acrescentava Siéyès, ‘é a verdadeira garantia da liberdade individual, em todos os países do mundo, que aspirarem a ser livres’”¹¹¹⁻¹¹².

Os fundamentos ideológicos do Tribunal Popular coincidiam com os ideais igualitários e libertários franceses de fuga do absolutismo. Assim, a despeito do individualismo crescente, “o principal legado das ideias daqueles tempos revolucionários consistiu na **busca da legitimação do poder judicial através da participação do povo na administração da justiça**”¹¹³. É o que anota Perez-Cruz Martin:

“(...) aparecem, portanto, duas formulações que coincidem em pôr de manifesto a íntima relação entre liberdade e tribunal do júri e que se podem expressar nas seguintes formas: ‘a Justiça popular mediante o Tribunal do Júri aparece como suporte de um sistema de liberdade públicas’, ou ‘o conjunto de liberdades aparece como premissa indispensável para que o Tribunal do Júri se enraíze’”¹¹⁴.

O Júri passou a ser reconhecido como instituição judiciária na França pelo decreto de 30 de abril de 1790, sendo posteriormente referendado pela Constituição de 1791. O Conselho decidia por maioria de votos e era composto por 08 (oito)¹¹⁵ e 12 (doze)¹¹⁶ eleitores sorteados de uma lista prévia¹¹⁷ - formada pelo procurador da comuna - obrigatoriamente inscritos, sob pena de perda dos direitos

¹⁰⁹ TUBENCHLAK, op. cit., p. 04.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ BARBOSA, op. cit. p. 37 (grifo meu).

¹¹² “Sua aparição foi consequência natural da volta dos povos à vida livre. É uma instituição, que surge e morre com a liberdade’ (Manduca: El Procedimento penal y su Desarrollo Científico. Trad. de Angel Pinto. P. 186)”. *Apud*. BARBOSA, *ibid*, p. 38.

¹¹³ VIVEIROS (2003, p. 04): “Quando se saía de um regime absolutista para um regime de liberdades públicas, o Júri aparecia como um valioso suporte de um sistema de liberdades públicas, ou ‘o conjunto de liberdades aparece como premissa indispensável para que o Tribunal do Júri se enraíze’”.

¹¹⁴ MARTIN, Augustin-J. Perez-Cruz. **La participación popular en La administración de justicia: el tribunal del jurado**. Madrid: Editora Montecorvo S.A., 1992, p 54-55. (*Apud*, VIVEIROS, op. cit., p. 43).

¹¹⁵ Número correspondente ao júri de acusação.

¹¹⁶ Número correspondente ao júri de julgamento.

¹¹⁷ No júri de acusação os jurados são sorteados de uma lista prévia composta por 30 (trinta) nomes e não havia possibilidade de recusas. Já no júri de julgamento, o procedimento era mais complexo. Todos os anos, no mês de dezembro, era formada uma lista geral composta por eleitores. Dessa lista, em cada trimestre, eram retirados 200 (duzentos) nomes, dos quais, uma terça parte, compunha a lista de jurados do mês em curso. O acusador público poderia recusar 20 (vinte) nomes da lista trimestral e, do restante, 12 (doze) eram sorteados. Porém, o acusador público ainda poderia recusar os 12 (doze) nomes a ele apresentados, o que ensejaria o sorteio de outros 12 (doze) nomes. As recusas injustificadas poderiam alcançar o número de 20 (vinte) jurados, mas ainda seria possível exercer o direito à recusas justificadas, as quais seriam apreciadas pelo tribunal. Assim, sobrevivendo 12 (doze) jurados não recusados, restava formado o júri de julgamento.

políticos pelo prazo de 02 (dois) anos. Nesta época o julgamento era dividido em três fases: a instrução preparatória, o júri de acusação e o julgamento definitivo.

O procedimento era totalmente oral e a instrução realizada na presença dos jurados, os quais, após firmarem sua convicção, anunciavam e justificavam o seu voto em voz alta¹¹⁸ – sem necessidade de apego às provas - e depositavam em uma urna uma esfera negra ou branca, de conformidade com o seu entendimento. Para a condenação do acusado seriam necessários ao menos 09 (nove) votos, escrutínio diverso do júri inglês onde exigia-se a unanimidade.

Posteriormente, após várias modificações, o Júri transformou-se num modelo escabinato, formado por 03 (três) magistrados e por 09 (nove) jurados, configurando parte da *Cour d'Assises*¹¹⁹. Na forma de sua última configuração, valiosas são as observações de Streck:

“A Lei de 28 de julho de 1978 iniciou o chamado período do Júri Democrático. A escolha dos jurados passa por um amplo filtro, com a participação de deputados locais e a Ordem dos Advogados. A lista anual e a especial são enviadas pelo Presidente da Comissão ao Prefeito, que faz chegar ao Presidente de cada Câmara. Pelo menos trinta dias de antecedência em relação à abertura das sessões da Cour d'assises, os seus presidentes fazem o sorteio em audiência pública sobre a lista anual, retirando os nomes de trinta e cinco jurados que irão formar a lista da sessão e os dez jurados suplentes, com uma antecedência de quinze dias, pelo menos, sobre o dia da abertura da sessão. Na presença do acusado e por sorteio, são extraídos os nove nomes que comporão a lista de jurados (leigos) que participam da sessão de julgamento”¹²⁰.

O sistema de recusas foi mantido no sistema francês possibilitando-se às partes, antes da realização do juramento pelos jurados¹²¹, recusar mais do que cinco (Defesa) ou mais do que quatro (Ministério Público) jurados de maneira imotivada. Formado o Conselho de Sentença, inicia-se ampla instrução em plenário,

¹¹⁸ O sigilo das votações não foi uma constante na evolução do julgamento popular. A bem da verdade, identificamos que em grande parte da história, os jurados, antes mesmo de exprimirem seus votos através de placas, esferas, cédulas, etc, acabavam por justificar publicamente o seu entendimento.

¹¹⁹ “O *Code de Procédure Pénale*, no *Livre Deuxième*, na parte destinada à *Jurisdictions de Jugement*, regula o funcionamento da *Cour d'assises*, que é composta pela Corte propriamente dita e o *Jury*. A *Cour* é composta pelo magistrado presidente e por dois assessores. Este presidente é oriundo da uma Câmara ou de uma Corte de Apelação. O *jury stricto sensu* é composto por nove jurados populares, que, somados aos três membros da magistratura, compõem a *Cour d'assises*, que funciona, desse modo, como escabinato, exemplo seguido por Portugal”. (STRECK, op. cit., p. 80)

¹²⁰ Ibid, p. 79-80.

¹²¹ A exortação legal no sistema francês segue o seguinte modelo: “*Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X...*”. Respondendo: “*Je le jure*”. Você jurar e promete examinar com a atenção mais escrupulosa as acusações que estão pendentes contra X... (...). Eu juro”. (tradução livre).

com a oitiva do acusado e das testemunhas, sendo ainda lícito aos juízes e jurados a realização de perguntas.

Encerrado o debate, segue-se o procedimento de deliberação em sala apartada, com a votação secreta de quesitos sobre cada uma dos pontos levantados em Plenário¹²². Caberá ao presidente do julgamento abrir cada voto na presença de todos os membros da Corte, sendo computados em favor do Ministério Público os nulos e brancos. Para a condenação são necessários 08 (oito) votos e, para a absolvição, apenas 05 (cinco).

Por fim, destaca-se que a *Cour d'Assises* deve também deliberar sobre a pena privativa de liberdade e igualmente sobre as penas acessórias ou complementares (e.g., o *sursis*). Para a imposição da pena máxima, faz-se necessário o mínimo de 08 (oito) votos. Não alcançado esse patamar, a pena máxima ficará limitada a 30 (trinta) anos, iniciando-se nova votação até alcançar-se a maioria absoluta quanto à fixação da pena. Não atingida a maioria absoluta, a pena anterior é descartada e inicia-se nova votação com a redução da pena até a identificação do quorum.

Assim, germinado dos modelos inglês, americano e francês, chegamos ao nascedouro do Júri Moderno, o qual acabou por se propagar por grande parte da Europa Continental, forjando-se como modelo democrático de liberdade política, de justiça, de educação de um povo e símbolo do aprimoramento de sua legislação¹²³

¹²² Conforme destaca STRECK, finda a produção probatória e os debates, o presidente questionará: “*L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait?*” Uma questão é posta sobre cada fato, conforme constou na acusação (*l'arrêt de renvoi*). De igual modo, cada circunstância agravante será objeto de uma questão distinta”. (STRECK, op. cit., p. 80)

¹²³ “Não é, com efeito, o júri unicamente uma instituição jurídica: é uma criação política de suprema importância no governo constitucional. Quando a Europa quis adotar este regime, não imitou o pariatto, nem os juízes de paz, nem os ‘sheriffs’ (Palma: loc cit). Os jurados são uma forma de liberdade política (Ibidem). Desde os seus primórdios ‘a instituição do júri assentava numa idéia representativa’ e foi ‘associando-se às instituições representativas preexistentes’ que penetrou na Grã Bretanha. É o que nos ensina a maior de todas as autoridades na história constitucional do Reino Unido (Stubbs: Constitution. History, vol I, pág. 608). O sábio Gneist, na Alemanha, com o sábio Stubbs na Inglaterra, referindo-se aos grandes tratados de Brunner, Biennner e Forsyth sobre o júri, sublinha a importância considerável, na história constitucional, da conexão entre os elementos técnicos, de cuja combinação êle resultou, e a organização política da nacionalidade (Gneist: The History of the english Constitution Versão Asthworth (Lond. 1886), vol. I, página 182).” (BARBOSA, op. cit., p. 40).

3. O TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO PÁTRIO

O caminho trilhado pelo Tribunal do Júri já foi equiparado a uma “Guerra Santa: ora avançando, ora compelido a recuar, ora deformado em sua competência material, resistiu galhardamente a tudo isso, inclusive dois períodos ditatoriais”¹²⁴.

O júri foi instituído no Brasil pelo Decreto de 18 de junho de 1822¹²⁵ (antes mesmo da Independência – 07/09/1822, mas após a elevação do Brasil a Reino Unido a Portugal, em 16/12/1815), marcado pela forte influência inglesa¹²⁶, e tinha por competência o julgamento dos crimes de imprensa. Sua instituição coincide com as ideias liberais (já iniciada com a adoção da figura do juiz de paz) que tomavam corpo na sociedade brasileira quando da Proclamação da Independência, “representando a culminação lógica da participação popular aplicada à judicatura”¹²⁷.

Segundo consta das razões do Decreto de 18/06/1822, pretendia o Príncipe Regente evitar a propagação de “doutrinas incendiárias e subversivas” e, ao mesmo tempo, garantir a “liberdade da imprensa”. Para tanto, seriam escolhidos 24 (vinte e quatro) cidadãos (“entre homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”¹²⁸), dos quais 16 (dezesseis) poderiam ser recusados pelos réus. Assim, o Conselho de Sentença restaria formado por 08 (oito) jurados, os quais deveriam

¹²⁴ TUBENCHLAK, op. cit., p. 04.

¹²⁵ Conforme anota Tubenchlak (1999, p. 05), “a iniciativa da criação do Tribunal coube ao Senado da Câmara do Rio de Janeiro, dirigindo-se, em 04-02-1822, ao Príncipe Regente D. Pedro, para sugerir-lhe a criação de um ‘juízo de Jurados’”.

¹²⁶ “Dada a influência política que a Inglaterra exerceu sobre Portugal no Século XIX, época em que a Corte Portuguesa transferiu-se para o Brasil (29.11.1807), o Júri acabou alcançando terras brasileiras em função da orientação que os ingleses impunham ao Príncipe Regente D. Pedro”. (VIVEIROS, op. cit., p. 13). Conforme anota Ivo Odon: “No Brasil, as instituições políticas consagradas em 1824 buscaram executar duas decisões fundamentais: a construção de um Estado nacional e o estabelecimento de um Estado liberal segundo os padrões europeu.” (ODON, p. 211).

¹²⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Anteprojeto sobre o tribunal do júri**. Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 10, p. 63-84, julho, 2001, p. 64.

¹²⁸ De acordo com Streck, a representatividade do júri passava a ser questionada na medida em que, “numa sociedade escravocrata, só podiam ser jurados os cidadãos que podiam ser eleitos, ou seja, os chamados ‘homens bons’, que detivessem uma determinada renda e pertencentes, por consequência, às camadas dominantes”. (STRECK, op. cit., p. 87)

examinar a existência ou não de culpa (juízes de fato) nos “escritos abusivos”, cabendo ao juiz a imposição da pena¹²⁹.

A Constituição de 1824 cravou em seu artigo 179, os direitos políticos e civis do cidadão brasileiro¹³⁰, os direitos e garantias penais, consagrando o júri como ramo do Poder Judiciário. A mesma Constituição destacava ainda em seu artigo 151¹³¹ que o Poder Judiciário (independente) se compunha de juízes e jurados, seja para o processo penal, seja para o civil nas formas previstas pela lei. Nessa época, o júri era composto por 24 (vinte e quatro) juízes de fato escolhidos “**dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas**”, competindo suas nomeações aos corregedores e ouvidores do crime. Cabia aos jurados decidir sobre a matéria fática, enquanto os juízes aplicariam o direito (artigo 152 da Constituição imperial de 1824)¹³².

Além dos requisitos subjetivos acima identificados, caberia ainda ao jurado preencher outro objetivo, qual seja, o *status* de **eleitor**. Assim, ainda vigendo

¹²⁹ Apesar do decreto admitir a “justa defesa”, os réus apenas poderiam apelar para a clemência do Príncipe Regente. E, para a fiscalização dos crimes de imprensa, todas as tipografias seriam obrigadas a mandar um exemplar de todos os papéis que imprimissem, os quais ainda deveriam ser assinados pelos escritores, sob pena de responsabilização dos editores e impressores. Por fim, os autores de pasquins, “proclamações incendiárias” e outros papéis não impressos seriam processados e punidos pelo rigor das leis mais antigas.

¹³⁰ “O art. 179 da Carta Política do Império definiu os ‘direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros’, estabelecendo ‘preceitos e princípios garantidores de um processo criminal antagônico do que vigorava sob a égide do Livro V, das Ordenações. Nele vinham estabelecidas as garantias mais caras do espírito liberal do século’. Cumpria, assim, de certa forma, o Imperador, a promessa contida no decreto de dissolução da Constituinte, de que o projeto que elaboraria seria ‘duplicamente mais liberal do que a extinta Assembléia acabou de fazer’”. (PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**. Evolução histórica e fontes legislativas, 2 ed. São Paulo: IOB Thompson, 2004, p. 82).

¹³¹ “Art. 151. O Poder Judicial é independente e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem. Art. 152. Os jurados pronunciam sobre o fato e os juízes aplicam a lei”.

¹³² A Constituição de 1824 seguia no tocante ao júri popular as grandes regras gerais de antanho, quais sejam: a colegialidade heterogênea (juízes leigos e togados), a temporariedade da participação do juiz leigo, e a circunstância de os jurados só decidirem a respeito do fato, competindo ao juiz togado decidir a matéria de direito. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrine. A participação popular nos tribunais penais. **Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 37, n. 139, maio de 1989, p. 11. Destacando o espírito liberal-iluminista da Constituição do Império e a clara vinculação do júri ao modelo proposto por Vico, Ivo Odon afirma que: “(...) Importante perceber que o art. 152 traduz o espírito liberal-iluminista da época: ‘Os Jurados pronunciavam sobre o facto, e os Juízes applicavam a Lei’. Clara referência à estrutura metodológica de Vico: um país herdeiro do direito romano-germânico, a dialética clássica operaria na análise do fato e a dedução moderna da decisão. Importante perceber ainda que a Carta Política imperial positiva alguns importantes direitos contra o Estado: o contraditório como método de busca da verdade (arts. 151 e 152); a publicidade dos atos processuais, mas apenas *após a pronúncia* (art. 159); a presunção de inocência, mas apenas *até a prisão ou a formação da culpa*; a anterioridade da lei e da jurisdição (art. 179, XI); a abolição das penas cruéis (art. 179, XIX) e a interessante previsão de cadeias ‘limpas e bem arejadas’ (art. 179, XXI) – para a transformação do indivíduo, de seu espírito e de sua vontade (Foucault)”. (ODON, op. cit., p. 211-212).

no país o chamado “voto censitário” (só podiam votar os homens brasileiros, católicos, alfabetizados ou não e com renda líquida anual superior a 100 mil réis), verificamos que o “Tribunal Popular” iniciava sua constituição com uma elite rica e católica, o que certamente não representava a população brasileira na época, em grande parte composta por escravos.

A **Lei de 20 de setembro de 1830** (“*Sobre o abuso da liberdade de imprensa*”) regulou o “Juri de Acusação” e o “Juri de Julgação”, determinando que em cada uma das Cidades e Vilas, deveria ser formado um Conselho de Jurados (art. 14) composto por 60 (sessenta) homens nas Capitais e nas Províncias e 39 (trinta e nove) nas outras Cidades e Vilas. Os jurados eram eleitos pelas Câmaras Municipais, observando-se os requisitos para a eleição dos Deputados à Assembléia Geral Legislativa (art. 15).

Quando do “Juri de Acusação” os jurados deveriam decidir sobre a existência ou não de “matéria para a acusação”. Tal decisão era operada após a manifestação das partes sobre a matéria probatória e com apoio dos autos da denúncia. Encerrada a manifestação das partes os jurados se retiravam para outra sala, e, a sós, deliberavam sobre a acusação em decisão a ser alcançada pela maioria absoluta. No “Juri de Julgação”, novo sorteio, juramento e instrução eram realizados e, ao final, competia ao juiz de direito fazer “com a maior clareza possível o resumo de toda a matéria da acusação, e da defesa, propondo por escrito ao Juri as questões que a lei prescrevia” (art. 32). A decisão dos jurados era tomada em sala secreta e, por maioria de votos, julgavam procedente ou improcedente a acusação¹³³.

Em 29 de novembro de 1832, o **Código do Processo Criminal do Império**¹³⁴ absorveu quase todas as previsões da Lei de 20 de Setembro de 1830 e estabeleceu duas formas de procedimento. O procedimento sumário para o

¹³³ Interessante se mostrava a previsão do art. 70 da Lei, onde se destacava a possibilidade de recurso de apelação quando o Juiz de Direito não se conformasse com a decisão dos juizes de fato. *In verbis*: “Art. 70. Das sentenças proferidas por meio do Jury não haverá outro recurso senão o de appelação para a Resolução do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas prescriptas nesta lei, ou em qualquer outra, em que esteja imposta pena de nullidade, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impozer a pena decretada na lei” (sic).

¹³⁴ Conforme nos informa Pierangeli: “O Código de Processo Criminal foi considerado por Aurelino Leal como *a mais brilhante vitória no domínio da Justiça*. Pandiá Calógeras o julgou como *formoso monumento de saber jurídico e espírito liberal*, enquanto César Trípoli o considerava como *expoente da cultura jurídica que caracterizava a intelectualidade da época*. Carpenter acentuou a sua simplicidade e clareza, apto a infundir na alma nacional um saber e benfazejo sentimento de tranqüilidade e segurança”. (PIERANGELI, op. cit., p. 91-92).

julgamento de crimes de competência do juiz de paz, e o ordinário, de competência do Conselho de Jurados.

Nesta época, o júri era dividido em “Júri de Acusação” e “Júri de Sentença”. O primeiro composto por 23 (vinte e três) membros¹³⁵ e o segundo por 12 (doze), escolhidos dentre eleitores¹³⁶ (homens, pois era vedada a participação da mulher) de *bom senso, probidade, inteligentes, íntegros e de bons costumes* (arts. 23¹³⁷ e 27) e que não tivessem tomado parte no primeiro julgamento (art. 289¹³⁸). Restavam excluídos “todos aqueles que não gozassem – notoriamente – de conceito público, por falta de inteligência, integridade ou bons costumes, além de determinadas pessoas egrégias: senadores, deputados, conselheiros, ministros de Estado, bispos, magistrados, secretários dos governos das províncias, comandantes das armas e dos corpos de primeira linha”¹³⁹.

A escolha dos jurados era feita em cada Distrito por uma Junta composta do Juiz de Paz, Parocho, ou Capellão, e o Presidente, ou algum dos Vereadores da Câmara Municipal respectiva, ou, na falta destes últimos, “*um homem bom, nomeado pelos dois membros da Junta, que estiverem presentes*”¹⁴⁰.

¹³⁵ “Art. 238. No dia assignado, achando-se o Juiz de Direito, Escrivão, Jurados, o Promotor nos crimes, em que deve accusar, e a parte accusadora, havendo-a; principiará a sessão pelo toque, da compainha. Em seguida, o Juiz de Direito abrirá a urna das sessenta cédulas, e verificando publicamente, que se acham todas, as recolherá outra vez; feita logo pelo Escrivão a chamada dos Jurados, e achando-se completo numero legal, observando-se o disposto nos arts. 313 e 315, mandará o mesmo Juiz extrahir da urna por um menino, vinte e trez seculas. As pessoas que ellas designarem formarão o primeiro Conselho de Jurados, que será interinamente presidio pelo primeiro, que tiver sahido á sorte.” (sic).

¹³⁶ Rangel analisa de forma crítica a composição do conselho de sentença de época, identificando o distanciamento entre a pessoa do réu e de seus julgadores: “Se a pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada. Nasce aí a distância entre os jurados e os réus. Os réus nem sempre eram eleitores, mas pessoas das camadas mais baixas da sociedade, muitas daquelas que depois se passaria a chamar de excluídos sociais ou, na linguagem de Dussel, as vítimas. Logo, integrar o júri era algo possível apenas para determinada classe social, fazendo falecer de legitimidade a formação do conselho de sentença.” (RANGEL, op. cit., p. 65).

¹³⁷ “Art. 23. São aptos para serem Jurados todos os cidadãos, que podem ser Eleitores, sendo de reconhecido bom senso e probidade. Exceptuam-se os Senadores, Deputados, Conselheiros, e Ministros de Estado, Bispos, Magistrados, Officiaes de Justiça, Juizes Ecclesiasticos, Vigarios, Presidentes, e Secretários dos Governos das Provinciais, Commandantes das Armas e dos Corpos da 1ª linha”. (sic).

¹³⁸ “Art. 289. Os Jurados que servirem no Jury de accusação, não entrarão no de julgação. Os que comparecerem em uma sessão, não servirão em outra, enquanto não tiverem servido todos os alistados, ou não o exigir a necessidade por falta absoluta de outros”. (sic).

¹³⁹ TUBENCHLAK, op. cit., p. 06.

¹⁴⁰ “Art. 24. As listas dos cidadãos, que estiverem nas circumstancias de serem Jurados, serão feitas em cada Districto por uma Junta composta do Juiz de Paz, Parocho, ou Capellão, e o Presidente, ou algum dos Vereadores da Camara Municipal respectiva, ou, na falta destes últimos, um homem bom, nomeado pelos dous membros da Junta, que estiverem presentes”. Conforme anota Fauzi Hassan: “Uma grande crítica que se fazia sentir diante de tal mecanismo é o

A lei também determinava que a revisão da lista de jurados deveria ser feita anualmente pelo Juiz de Paz e tinha por objetivo: a) incluir novos jurados; e b) excluir as pessoas que tiverem morrido, mudado de distrito ou perdido a qualidade de ser jurado¹⁴¹.

A lista de jurados dos distritos era identificada como lista parcial, cabendo às Câmaras Municipais com os Juízes de Paz e Párocos, excluir os jurados que notoriamente não gozassem de “*conceito publico por falta de intelligencia, integridade, e bons costumes*” (art. 27).

Anualmente e para cada sessão judiciária (arts. 27 e 236) deveriam ser alistados e sorteados pelo menos 60 (sessenta) jurados como representantes da sociedade, os quais eram convocados a julgar (de acordo com a sua consciência) todos os processos incluídos numa respectiva sessão correspondente ao chamado “Júri de Acusação”¹⁴². O julgamento não poderia ser instalado sem que ao menos 48 (quarenta e oito) jurados estivessem presentes (art. 314). O jurado que tivesse servido a uma sessão ficaria excluído de servir em outra enquanto não tivessem servido todos os alistados, com exceção da ausência de número suficiente de jurados (art. 289). Essa medida era extremamente válida a fim de garantir um maior rodízio e participação popular nos julgamentos populares¹⁴³.

Competia ao Júri de Acusação fazer a leitura e discutir sobre cada processo que lhe fosse encaminhado decidindo-se, após o debate, se existiam provas a respeito da materialidade e autoria delitiva (“*Se a decisão fôr affirmativa, o Secretario escreverá no processo as palavras: - O Jury achou matéria para accusação*” – art. 244). Se a decisão fosse negativa, iniciava-se um tipo de “revisão

da mescla de sistemas, com o Juiz profissional e o leigo, basicamente por causa da sensível interferência do primeiro na forma de arregimentação do segundo, criando assim uma fratura de modelos que em nada auxilia a construção e sedimentação da legitimidade de ambos”. (CHOUKR, 2000, p. 468).

¹⁴¹ O controle quando o alistamento dos jurados poderia ser feito por qualquer pessoa, observando-se o prazo de quinze dias da publicação da lista, aduzindo-se mediante “queixa” que o alistado não possuía condições de exercer referida função (arts. 29 e 30). Procedimento similar é também adotado pelo Código de Processo Penal de 1941, com a revisão anual da lista de jurados e possibilidade de impugnação por qualquer do povo.

¹⁴² Os jurados eram obrigados a jurar solenemente: “Juro pronunciar bem, e sinceramente nesta causa, haver-me com franqueza, e verdade, só tendo diante dos meus olhos Deus, e a Lei; e proferir o meu voto segundo a minha consciência”.

¹⁴³ O atual Código de Processo Penal guarda similitude com a idéia de se possibilitar uma maior participação popular conforme se infere do art. 426, § 4º: “O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído”.

criminal¹⁴⁴” onde as testemunhas passavam a ser ouvidas na presença das partes para a ratificação do processo. Finda a ratificação, os jurados passam novamente a debater, deliberando sobre a existência ou não de “matéria para accusação” que, sendo afirmativa, iniciava o “Júri de Sentença”.

No julgamento perante o “Júri de Sentença”, o réu era interrogado, as testemunhas de acusação e de defesa ouvidas (nessa ordem) e iniciava-se o debate, findo o qual, os doze jurados se reuniam para **deliberar a sós** e a portas fechadas sobre os quesitos levantados¹⁴⁵.

Destacava-se no procedimento adotado pelo Código de Processo Criminal do Império a ampla possibilidade de discussão e deliberação entre os jurados, tanto os escolhidos para o júri de acusação, quanto para o júri de defesa, evidenciando-se assim o viés democrático umbilicalmente ligado ao Júri Popular:

“Para José Frederico Marques, o Código era a síntese dos ‘anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e da nação’, pois, ‘graças a ele, perdeu, nas leis nacionais um acentuado espírito anti-inquisitorial que nos preservou o processo penal, de certos resíduos absolutistas que ainda existem nos códigos europeus’¹⁴⁶.”

As decisões do júri eram tomadas por duas terças de votos, exceto para a imposição da pena de morte, onde exigia-se a unanimidade (art. 332). As sessões eram públicas e os debates orais, com previsão de recurso de apelação para a relação do distrito (art. 301).

Após a abdicação de D. Pedro I (07/04/1831¹⁴⁷) e a criação do Partido Conservador por Bernardo de Vasconsellos (1837), instala-se um movimento reacionário que culmina com a aprovação da Reforma de 1841 (**Lei nº 261, de 03/12/1841**)¹⁴⁸ e o **Regulamento nº 120 de 31/01/1842**.

¹⁴⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Anteprojeto sobre o tribunal do júri**. Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 10, p. 63-84, julho, 2001, p. 65.

¹⁴⁵ “Art. 270. Retirando-se os Jurados a outra sala, conferenciarão sós, e a portas fechadas, sobre cada uma das questões propostas, e o que for julgado pela maioria absoluta de votos, será escripto, e publicado como no Jury de accusação”.

¹⁴⁶ PIERANGELI, op. cit., p. 92.

¹⁴⁷ Após a abdicação do Imperador, “os liberais que constituíam a maioria no governo postularam a descentralização do poder. O governo criou, em 18 de agosto de 1831, a Guarda Nacional, que era uma milícia armada dirigida pelos grandes proprietários de terras. Essa fase foi marcada por várias rebeliões e revoltas [Cabanagem, no Pará – 1835-1840; Guerra dos Cabanos, em Pernambuco – 1832-1835; Sabinada, na Bahia – 1837-1838; Balaiada, no Maranhão – 1838-1840; e a Farroupilha, no Rio Grande do Sul – 1836-1845] que exigiram do governo uma posição mais dura e maior centralizada do poder (...)” (RANGEL, op. cit., p. 68-69).

¹⁴⁸ “Conforme adverte Frederico Marques, ‘essa lei, e seu respectivo regulamento, nada mais foram que a reação monárquico-conservadora, tendente a criar, através de um

A partir da nova legislação, operou-se a abolição do “Juri de Acusação” – e da própria possibilidade de participação popular como filtro da acusação -, cuja função passou a ser feita por órgãos estatais alheios ao povo. Com isso, a formação da culpa e a decisão de pronúncia restaram atribuída às autoridades policiais (delegados e subdelegados), as quais deveriam ser posteriormente confirmadas pelos juízes municipais!¹⁴⁹

Segundo anota Ivo Odon, o modelo reformado pela Lei nº 261, de 03/12/1841, “(...) deu poderes jurisdicionais à autoridade policial, que passaria a estar presente nos municípios e em cada província, com seus delegados e subdelegados, nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias; assim, a polícia passou a concorrer com os juízes nas cortes municipais.¹⁵⁰” O mesmo autor, agora citando Francisco Iglésias, assim resume o recrudescimento do aparato policial repressivo operado pela reforma:

“A força conservadora dita a pretendida reforma, feita na lei 261, de 3 de dezembro de 1841. Se no Código a grande figura é o juiz de paz, agora é o chefe de polícia. Arma-se uma estrutura sólida, máquina de repressão que vai da autoridade local ao ministro da Justiça. Não é uma reforma, é muito mais, pois é a inversão de sentido: se no Código a autoridade da Justiça tem poder policial, agora a autoridade policial chega a ter poder na justiça. Para quem o reformou, essa era a única possibilidade de sobrevivência do país, enquanto para os autores do Código era a manifestação completa do despotismo.¹⁵¹”

Efetivou-se uma redução abrupta da competência do Tribunal Popular para o julgamento dos crimes de contrabando, funcionais e para a reparação civil. Extirpou-se a sua soberania diante da faculdade de anulação de suas decisões pelo juiz de direito quando não concordasse com ela.

aparelhamento policial altamente centralizado, meios de repressão fortes e eficazes contra a desordem reinante no País, desde a época da regência’. E conclui: ‘Mas os dispositivos legais então promulgados foram muito além do que era exigido pela situação, e imprimiram assim um sentido profundamente reacionário à reforma levada a cabo pelos elementos conservadores do Império. A Lei de 3 de dezembro retratou o excessivo conservadorismo de uma política essencialmente autoritária, pois as imprescindíveis reformas do aparelhamento judiciário, criado pelo Código de 1832, não justificava o policialismo adotado, exageradamente, pelos legisladores de 1841”. (PIERANGELI, op. cit., p. 130-131).

¹⁴⁹ O recrudescimento da postura punitivista do Estado tornou-se uma tendência a partir da vigência das leis 261 e 562, tudo conforme adverte Streck: “A exigência da unanimidade de votos constantes no Código de Processo Penal para a aplicação da pena de morte foi modificada pelo art. 66 da Lei n. 261, que determinou fosse a decisão do júri vencida por duas terças partes dos votos; as demais decisões deveriam ser tomadas por maioria absoluta. A aplicação da pena cabia ao juiz, no grau máximo, médio ou mínimo, de acordo com a manifestação dos jurados. A lei 562, de 2 de julho de 1850, subtraiu da competência do júri os crimes de moeda falsa, roubo, homicídio nos municípios de fronteira do Império, resistência e retirada de presos, além da bancarrota”. (STRECK, op. cit., p. 88).

¹⁵⁰ ODON, op. cit., p. 213.

¹⁵¹ Id.

A Lei nº 261/1841 veio a dar outra configuração à formação do Conselho de Sentença, exigindo um mínimo de capacidade econômica para exercer a função¹⁵², a necessidade de saber ler e escrever, possuir bom senso, integridade, bons costumes e não ter sido pronunciado ou condenado definitivamente por crime de homicídio, furto, roubo, bancarrota, estelionato, falsidade ou moeda falsa. Segundo anota Paulo Rangel, a falta de independência dos jurados contribuída para o recrudescimento de um sistema punitivista atrelado aos interesses do poder dominante, fato que descaracterizava o Tribunal do Júri:

“A reforma visava tornar a punição mais fácil para atender aos interesses do Estado monárquico, pois, na medida em que esses funcionários não possuíam independência funcional e eram locados de acordo com os interesses do monarca, a decisão era a que expressava o poder soberano. Os jurados eram pessoas escolhidas pela Corte e de sua confiança, pois, ao contrário, não seriam escolhidos. Logo, o tribunal do júri estava desfigurado com a reforma.”¹⁵³

A exigência de unanimidade de votos para a aplicação da pena morte foi substituída pelo quorum de duas terças partes dos votos do Conselho de Sentença e as demais decisões passaram a ser tomadas por maioria absoluta. No caso de empate, adotava-se a decisão mais favorável ao acusado¹⁵⁴.

Vemos que o “Tribunal Popular” passava a não mais ser identificado como um “Tribunal do Povo”, mas um tribunal elitista, censitário e organizado por Delegados de Polícia (art. 28 da Lei n. 261), os quais eram vinculados ao Ministro da Justiça (transformado em “generalíssimo da polícia”) e exerciam uma função tripartite: polícia administrativa, judiciária e de atividade judiciária propriamente dita.

¹⁵² Criticando o que chamou “Júri de classe”, assim se manifestou Roberto Lyra quanto a exigência de capacidade econômica para exercer a função de jurado: “(...) Faz-se mister, não a qualificação, mas a pureza da autenticidade democrática. Não há Júri, sem recrutamento indistinto, ressalvadas as exigências de ordem moral, sem independência do jurado, sem soberania do veredictum, inclusive revisões. (...) Recrutamento indistinto para evitar o ‘Júri de classe’, que é tudo menos Júri. (...) Se a maioria de um povo é pobre e iletrada, Júri de ricos ou sábios não representará o povo. (...) O jurado, para julgar um criminoso, como homem, como co-associado, como cidadão, não precisa mais do que se exige do eleitor”. (BARBOSA, op. cit., p. 24-25).

¹⁵³ RANGEL, op. cit., p. 74.

¹⁵⁴ Conforme anota Vellozo: “Manteve a Lei a apelação ex-officio do Juiz de Direito, prescrita pelo Código, ‘porém com mais lucidez e precisão’, estabelecendo: que o Juiz de Direito apelará ex-officio: 1º - se entender que o Juri proferiu decisão sobre ponto principal da causa, contrária à evidência resultante dos debates, depoimentos, e provas perante ele apresentadas; devendo em tal caso escrever no processo os fundamentos da sua convicção contrária, para que a Relação à vista deles decida se a causa deve ou não ser submetida a novo Juri (art. 79). Se a Relação entendesse procedentes as razões da apelação, ordenava fosse a causa submetida a novo Juri, no qual não poderiam tomar parte os jurados que proferiram a primeira decisão e nem seria presidido pelo mesmo Juiz de Direito que recorrera (art. 81)”. (VELLOZO, Athos Moraes de. **Limitações à soberania do júri**. Tese de concurso à cátedra de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, 1952, p. 20).

A “notória idoneidade”, atributo inerente à função de jurado, passava a ser reconhecida como notória solvência frente aos olhos da comunidade¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

O **Decreto nº 707, de 09/10/1850** firmou a competência dos juízes municipais para formação da culpa nos crimes de roubo e homicídio cometidos nos municípios de fronteiras, nos crimes de moeda falsa, resistência e arrebatamento de presos. Com a pronúncia, os autos deveriam ser remetidos *ex officio* aos juízes de direito, sem efeito suspensivo.

A **Lei n. 2033, de 20/09/1871**, sancionada pela Princesa Izabel (regulamentada pelo **Decreto 4824, de 22/11/1871**) extinguiu a competência dos chefes de polícia, delegados e subdelegados para a formação da culpa, a qual passou a ser exercida pelos juízes de direito ou pelos juízes municipais nos crimes comuns.

Com o advento da República, o **Decreto n. 848, de 11/10/1890** instituiu o chamado “júri federal”, o qual foi estruturado pela composição de 12 (doze) juízes sorteados dentre 36 (trinta e seis) cidadãos escolhidos segundo o regulamento local,¹⁵⁷ sendo presidido pelo juiz da respectiva seção e as decisões tomadas por maioria de votos. O empate beneficiava o acusado (arts. 41 e 42).

Das sentenças proferidas pelo júri era cabível o recurso de apelação para o Supremo Tribunal Federal sem efeito suspensivo, com exceção dos casos de condenação do acusado.

¹⁵⁵ De acordo com Choukr (2009, p. 10), as modificações operadas em 1841 guardam consonância com momento histórico que atravessava o Império. Naquela época, várias guerras provinciais desestabilizavam o poder, sendo então necessário a sua centralização e o esvaziamento os mecanismos de participação popular. Destaco: “Como já frisado anteriormente, após os movimentos de rebelião no início do segundo reinado adveio o movimento reacionário que culminou com a reforma de 1841, tendo como uma de suas mais diretas conseqüências o enfraquecimento do juiz de paz. No entanto, mudanças no júri também se fizeram sentir: necessidade de saber ler e escrever como requisito para funcionar como jurado; aumento da renda mínima e incremento da participação dos proprietários de terras entre estes. A lista de jurados podia ser revista mediante recurso, mas tudo sob o controle de órgãos governamentais (Juiz togado e Ministério Público), havendo a introdução do recurso judicial quando houvesse julgamento contrário às provas dos autos, além do desaparecimento do primeiro conselho de sentença. Com efeito, em 1841 foram lançadas as bases do sistema de jurados que perdura até nossos dias (e que não foram de todo abandonadas), com as seguintes características: **a) controle eminentemente estatal na arregimentação dos jurados; b) elitização dos jurados em relação às condições sociais do réu; c) eliminação da participação popular na admissibilidade da causa; d) burocratização do sistema de admissibilidade da causa**”.

¹⁵⁶ Na seqüência, outros diplomas legais também alteraram a estrutura do júri, destacando-se: o Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842; a Lei 562, de 02 de julho de 1850; e o Decreto 4992, de 03 de janeiro de 1872.

¹⁵⁷ “Art. 41. O Jury federal compor-se-ha de doze juizes, sorteados dentre trinta e seis cidadãos, qualificados jurados na capital do Estado onde houver de funcionar o tribunal e segundo as prescrições e regulamentos estabelecidos pela legislação local”. (sic).

Posteriormente, a **Lei n. 3.084, de 05/11/1898** consolidou a organização da Justiça Federal, determinando a composição do júri federal por 12 (doze) jurados, sorteados dentre 48 (quarenta e oito) cidadãos, obrigando-se o comparecimento de pelo menos 36 (trinta e seis) jurados à sessão de julgamento, eis que cada uma das partes poderia recusar até 12 (doze) jurados. As decisões seriam dadas em escrutínio secreto e por maioria de votos. O empate favorecia o acusado.

A instituição do júri foi mantida pela **Constituição de 24/02/1891**, na Seção II – “Declaração de Direitos” - do Título IV – “Dos Cidadãos Brasileiros” - no artigo 72, §31 (“**É mantida a instituição do júri**”¹⁵⁸). Dessa forma, o júri que antes era previsto como parte integrante do Poder Judiciário (Carta constitucional do Império), passava a ser na Constituição Republicana uma **garantia constitucional**, “tornando-se, daí, na expressão de João Barbalho, ‘um direito do cidadão, do habitante do Brasil, ser julgado por um tribunal de jurados, quer ante a justiça da União, quer antes a dos Estados e em todos os crimes, exceto os que, por lei fundada em altas considerações de ordem pública, forem reservados a juízes especiais, e nos restritos casos determinados’”¹⁵⁹.

Com o regime republicano e sua dualidade processual (federal e estadual¹⁶⁰), muitas leis estaduais fizeram constar de seu corpo a existência do Tribunal do Júri, atendendo aos seus interesses e peculiaridades locais. A lei rio-

¹⁵⁸ Segundo informa Streck, houve grande discussão na doutrina quanto a permanência da essência do júri no direito interno brasileiro. “De um lado, autores como Rui Barbosa, Duarte de Azevedo e Pedro Lessa sustentavam a tese de que a manutenção pela Constituição significava que a essência do júri deveria ser mantida pelas leis posteriores, sendo que alterações que implicassem a alteração do núcleo político do júri implicava a sua não-manutenção e, portanto, na violação da Constituição. Em sentido contrário, Carlos Maximiliano sustentava o contrário, ou seja, de que a manutenção explicitada pela Constituição não significava a imposição do status quo anterior. Em 7 de outubro de 1899, o Supremo Tribunal assim decidiu”. (STRECK, op. cit., p. 89). Dentre os críticos da instituição do júri, destaca-se a manifestação do Deputado João Vieira, quando da discussão do projeto da Constituição de 1891: “Na atualidade o júri não tem explicação; mantê-lo, isto é, arrolar indistintamente indivíduos que todos os anos façam as vezes de juiz é o mesmo que todos os anos arrolar indivíduos para servirem de alfaiates, sapateiros, etc., sem que eles nunca tenham exercido esses ofícios. A função de jurado exige certa cultura, ao menos certos conhecimentos gerais, exige uma atenção refletida, o exercício da reflexão. Todos que servem ao júri estão nas condições de desempenhar este mister? É muito fácil o exame das provas do crime, quasi sempre fatos muitos complexos? Por conseguinte, de acordo com uma boa organização judiciária, a instituição do júri é inaceitável, é mesmo irracional”. (sic) (VELLOZO, op. cit., p. 29)

¹⁵⁹ VELLOZO, op. cit., p. 29-30.

¹⁶⁰ Com o regime republicano, finda-se a unidade processual vivida no império e, conforme destacado por Carlos Maximiliano, “coube à União a lei material, e a formal da sua Justiça, de competência restrita; aos Estados, a sua organização judiciária e o respectivo processo civil, comercial e criminal”. Com isso tinha-se a “unidade do direito substantivo e pluralidade do adjetivo”. (FRANCO, op. cit., p. 26).

grandense nº 10, de 16/12/1895, por exemplo, abolia o direito às recusas peremptórias dos jurados, o sigilo das votações e atribuía a apenas 05 (cinco) pessoas o status de Juízes de Fato (art. 54), justificando sua escolha sob o argumento de que assim tornaria mais perfeita a seleção de seus membros.

Tal argumento não escapou das críticas de Rui Barbosa, o qual declarou que tamanha redução do número de jurados (de doze para cinco) não acarretava, obrigatoriamente, numa melhor escolha e poderia gerar uma condenação por apenas três votos¹⁶¹.

Nessa mesma época, o Juiz Alcides de Mendonça Lima, interpretando a Constituição Republicana, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da lei gaúcha, no tocante à abolição das recusas dos jurados e à exigência do voto a descoberto, determinando fosse aplicada a lei do Império a um julgamento realizado em 28/03/1896, na cidade de Rio Grande. Tal providência despertou a ira do então Governador do Rio Grande do Sul, Júlio de Castilho, o qual solicitou providências para que o juiz fosse processado criminalmente, fato que o levou a ser denunciado e condenado a 09 (nove) meses de suspensão do emprego pelo crime previsto no artigo 226 do Código Penal de 1890 (“exceder o limite das funções próprias do emprego”).

A defesa do magistrado condenado – por suposto “crime de hermenêutica” - perante o Supremo Tribunal Federal foi patrocinada por Rui Barbosa que, em bem lançados argumentos, ponderou: **“Não é só a defesa de um magistrado que nesse rápido improviso se empreende, mas a dos dois**

¹⁶¹ Realizando um resgate histórico e crítico quanto ao correto número de jurados a serem escolhidos para a formação do Conselho de Sentença, Rui Barbosa assim anotou: “Adotando o júri, as nações contemporâneas admitiram o número de doze, não por arremedilho fútil, ou servil, da imagem saxônia, mas porque êsse número, nem muito amplo, nem muito estreito, comportando certa média de variação nas capacidades, nas atitudes, nas opiniões, nos interesses, assegurava razoavelmente as vantagens de uma deliberação coletiva no julgamento, e dificultava as pressões da corrupção, ou da fôrça. Qualquer alteração dele, autorizado, como está, pelo assento geral e pelo nosso próprio uso, dificilmente poderia abonar-se com razões desinteressadas e positivas. O legislador rio-grandense, porém, supôs justificar a redução, que decretou, ao número de cinco, simplesmente com dizer: ‘Uma das bases da reforma é a redução ao mínimo possível do pessoal que deve compor o tribunal, como meio de tornar mais perfeita a seleção’. Mas abaixar ao mínimo possível o pessoal de um corpo coletivo como meio de lhe assegurar escolha mais pura, vem a ser novidade, que mal se entende. Não é o número, grande, ou pequeno, evidentemente, o que determina a inferioridade ou excelência da seleção. Do seu processo, ou das condições de capacidade, a que ele sujeitasse os elegendos, sim, dependeria, em grande parte, o valor do resultado. Mas, não se alterando as regras de aptidão, nem o processo seletivo, diminuir o pessoal é, incontestavelmente, diminuir os elementos de probabilidade favoráveis à competência do tribunal. Se a escolha se opera pelo mesmo sistema, em um corpo de doze membros haverá duas vezes e meia mais probabilidades de boa composição que noutro de cinco” (sic) (BARBOSA, op. cit, p. 99-100).

elementos, que, no seio das nações modernas, constituem a alma e o nervo da liberdade: o júri e a independência da magistratura¹⁶². Rui Barbosa taxou a lei rio-grandense de inconstitucional por ferir três postulados básicos e por desnaturar pontos essenciais da instituição do júri:

“Convertendo, pois, em tribunal de cinco, um de doze membros, substituindo o sigilo pela publicidade nas deliberações do conselho, roubando ao acusado o direito de recusa tão antigo quanto as duas grandes majestades que conceberam e criaram a grande instituição, Roma e Britânia, tão universal quanto o júri e o governo representativo, a lei riograndense ofendeu três vezes a Constituição Republicana, reduzindo a justiça dos jurados a um joquete da prepotência oficial (...). (...) Se os Estados, em face da cláusula da Constituição que lhe dá existência nacional, não podem abolir o júri, tampouco lhe seria lícito desfalcá-lo, na sua base e na sua essência; porque é pela essência que as compõem ou pela base onde assentam, que as realidades existem, ou se extinguem”¹⁶³.

E, na defesa de Alcides Mendonça de Lima, quanto ao suposto “crime de hermenêutica”, - crime esse, diga-se de passagem, imputado ao magistrado sem que ao menos os recursos previstos em lei tivessem sido julgados após a realização da sessão de julgamento por ele presidida - Rui Barbosa cravou em solo da mais alta corte do país, palavras que se tornaram inesquecíveis:

“A resistência do juiz da comarca do Rio Grande a essa transmutação do júri, numa degenerescência indigna de tal nome, surpreendeu a política daquele Estado com o imprevisto de uma força viva e independente, a consciência da magistratura, difícil de submeter-se à prepotência dos governos. Com a necessidade então de acudir a obstáculo tão inesperado, improvisou-se, por ato de interpretação, nos tribunais locais, contra a magistratura um princípio de morte, de eliminação moral, correspondente ao que, por ato legislativo, se forjara, contra o júri, no gabinete do governador. O júri perderá absolutamente a sua independência, com o escrutínio a descoberto e a abolição da recusa peremptória; o poder não abrirá só um postigo sobre a consciência do jurado, aquartela-se nela. Para fazer do magistrado uma prepotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linguagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. *E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã.* Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefícios dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a

¹⁶² FARIA JÚNIOR, César. Rui Barbosa, o júri e a responsabilidade penal dos juízes (o crime de hermenêutica). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 34, p. 265-284, 2001, p. 270.

¹⁶³ Ibid, p. 272.

consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, *pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo*¹⁶⁴.

Após a intervenção de Rui Barbosa, em 10-02-1897, o Supremo Tribunal Federal absolve Alcides de Mendonça Lima. Contudo, a decisão restou tomada sem a análise da inconstitucionalidade da lei gaúcha e sem ser feita a alusão ao fato de se estar processando um magistrado sem a interposição dos recursos cabíveis da sua decisão¹⁶⁵.

A pluralidade de legislações estaduais a disciplinar o Tribunal do Júri fez com o Supremo Tribunal Federal, em acórdão datado de 07/10/1899, prescrevesse suas características essenciais, as quais seriam balizadoras para o julgamento de eventuais inconstitucionalidades das leis estaduais¹⁶⁶:

“São característicos do tribunal do júri: - I, quanto a composição, a) a corporação dos jurados, composta de cidadãos qualificados periodicamente por autoridades designadas pela lei, tirados de todas as classes sociais, tendo as qualidades legais previamente estabelecidas para as funções de juiz de fato, com recurso de admissão ou inadmissão na respectiva lista, e b) o conselho de julgamento, composto de certo número de juizes, escolhidos à sorte entre o corpo de jurados, em número triplice ou quádruple, com antecedência sorteados para servirem em certa sessão, previamente marcada por quem a tiver de presidir, e depurados pela aceitação ou recusação das partes, limitadas as recusações a um número tal que por elas não seja esgotada a urna dos jurados convocados para a sessão; - II, quanto ao funcionamento, a) incomunicabilidade dos jurados com pessoas estranhas ao conselho, para evitar sugestões alheias, b) alegações e provas da acusação e defesa produzidas publicamente perante êle, c) atribuição de julgarem êstes jurados segundo sua consciência, e d) irresponsabilidade pelo voto emitido contra ou a favor do réu. Respeitando esses característicos, concluía o Supremo Tribunal Federal, podem as legislaturas dos Estados alterar a lei comum do Júri”¹⁶⁷ (sic).

Merece destaque o fato de que até o advento do Dec. 21.076, de 24/02/1932, as mulheres não podiam exercer o direito de votar e, não sendo cidadãs, não podiam compor o Conselho de Sentença. “Pelo predito decreto, em

¹⁶⁴ Ibid, p. 274.

¹⁶⁵ Conforme anota Faria Júnior: “Numa segunda revisão do processo, dois anos e oito meses depois, em 07.10.1899, o Supremo Tribunal confirmou a absolvição do Juiz Mendonça Lima, sendo que, desta vez, procedeu ao exame da constitucionalidade da lei gaúcha. Quanto a esta parte, julgou constitucional a lei estadual (contra os votos dos Ministros Piza e Almeida, Pereira Franco e G. de Carvalho), não considerando essencial ao Tribunal do Júri as recusas e o sigilo das votações. Na verdade, os Ministros revelaram-se, nos seus votos, adversários do Tribunal popular, tecendo inúmeras críticas à instituição do Júri”. (FARIA JÚNIOR, op. cit., p. 278).

¹⁶⁶ Foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal a lei cearense que possibilitava que as decisões do júri fossem revistas no seu mérito e a lei do Rio Grande do Sul que pretendia abolir o voto secreto e as recusas imotivadas. (Cf. VELLOZO, op. cit., p. 31).

¹⁶⁷ CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira**, 2ª ed. 1924, p. 457-458. *Apud*. VELLOZO, op. cit., p. 31-32.

seu art. 2º, conferindo o direito do voto às mulheres, passaram a incorporar o júri, agora por reconhecimento legal, retirando dos varões a hegemonia de julgar (...)”¹⁶⁸.

A **Constituição de 16/07/1934**, na Seção I do Capítulo IV – Do Poder Judiciário, do Título I – Da Organização Federal, artigo 72, disciplinava: “*É mantida a instituição do júri, com a organização e atribuições que lhe der a lei*”.

Conforme já anotado, quando do regime republicano, cada estado elaborava suas leis sobre processo e regulamentava a competência do Tribunal do Júri e o rito a ser seguido¹⁶⁹. Houve forte tendência em reprimir a sua competência e princípios informadores pelos estados. A ação foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, servindo-se do apoio de parte da doutrina (João Barbalho e Carlos Maximiliano). Castro Nunes - citado por Ary Azevedo Franco – chegou a afirmar que o júri passou “a ser mero aparelho judiciário, mas de existência obrigatória no organismo, cortadas apenas as dúvidas, nos rumos já pacíficos da jurisprudência, quanto à latitude reservada ao legislador ordinário para o adequar às conveniências da Justiça”¹⁷⁰.

Contudo, segundo adverte Vellozo, continuava o júri imbuído de sua concepção liberal nascente, preservando o escrutínio secreto, as recusas imotivadas, o sigilo do voto, a incomunicabilidade dos jurados e o voto segundo sua consciência¹⁷¹.

Com a Constituição de 1934, o regime de dualidade processual estabelecido com o início da república foi substituído pelo da **unidade processual** (regime que se vivida no império), passando a União a legislar tanto sobre o direito penal quanto sobre o processual (art. 5º), chegando-se, inclusive, a nomear-se comissões para a elaboração do Código de Processo Penal, Civil e Comercial.

A **Constituição de 10/11/1937** foi omissa quanto a previsão do júri (chegando parte da doutrina a defender a sua extinção¹⁷²), mas fortes e

¹⁶⁸ BONFIM, Edílson Mougento. **O selecionamento dos jurados, a questão da “notória idoneidade” e a boa formação do conselho de sentença no tribunal do júri**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 82, jul de 1993, vol. 693, p. 310.

¹⁶⁹ Notícia-se que no Distrito Federal foi apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de Código da Justiça que propunha que o julgamento dos crimes de homicídios fossem realizados por uma junta de juízes togados em substituição aos jurados. (Cf. VELLOZO, op. cit., p. 36-37).

¹⁷⁰ FRANCO, Ary Azevedo. **O júri e a constituição federal de 1946**, Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 15-16.

¹⁷¹ Cf. VELLOZO, op. cit., p. 33.

¹⁷² Conforme anota Ary Azevedo Franco: “Opiniões diversas surgiram na imprensa sustentando a supressão do Tribunal do Júri no organismo judiciário brasileiro, sendo de

democráticas penas o enxergavam mantido nas legislações ordinárias. Dentre elas, a de Magarinos Torres (Juiz Presidente do Tribunal do Júri do Rio de Janeiro) que em discurso proferido seis dias após a edição na nova Carta Magna, propagava: “O júri, entretanto, subsiste. Cuidemo-lo dêle com o zelo que merece (sic)”¹⁷³.

salientar a do ministro Costa Manso, em entrevista ao vespertino O Globo, e publicada a 13 de novembro de 1937, e a do professor Cândido Mendes de Almeida em artigo de colaboração no Correio da Manhã”. (FRANCO, 1946, p. 16). Contudo, posteriormente, o mesmo Costa Manso mudou de opinião, chegando a afirmar que o Tribunal Popular, quando bem organizado, “distribuirá a justiça em melhores condições do que os juízes togados”. (Ibid, p. 20).

¹⁷³ Pelas motivações de direito e, especialmente, pelo momento histórico onde se vivenciava a possível extinção do Tribunal Popular no Brasil, merece destaque a exortação de Magarino Tórres ao Tribunal do Júri: “Demonstrou Pedro Lessa que a Constituição de 1891 nunca foi cumprida, sendo, assim, inúteis as reformas políticas, porquanto a questão é de homens e não de instituições (*Reforma Constitucional*, 1925, pág. 47). Difícil será definir, desprezadas as aparências, o regime destes 48 anos rotulados de república, dos quais, mais de metade foram de ditadura, estado de sítio ou estado de guerra. As organizações em regra não modificam os homens; pelo que indiferente seria haver ou não Poder Legislativo ou Judiciário e nomeadamente Júri. Mas justamente porque este último me pareça capaz de atuar, com o tempo, neste sentido, como instituição *educativa*, escola de cidadãos, aí informados das verdadeiras causas da criminalidade, para as poder corrigir, é que o tenho defendido e defenderei, não com os extremos a que chegaram, de dar a vida por ele, Diogo Feijó, Rafael Tobias de Aguiar, Teófilo Otoni e Padre Marinho, mas com a persuasão da experiência que tenho de 25 anos de vida judiciária e a autoridade moral de ocupar êste pôsto pelos votos qualitativos de eminentes brasileiros e quantitativos de mais de 100 mil cidadãos que se manifestaram à minha investidura (representados por associações de classes, especialmente comércio e indústria do Brasil, então orientados pelo magnânimo espírito de Afonso Vizeu). Cumpre-me dirimir as dúvidas suscitadas sobre a subsistência do Júri, em face do ato de 10 do corrente, ressalvada a autoridade dos tribunais superiores para emendar meus juízos. Fa-lo-ia desassombradamente contra o Júri, lavrando o meu protesto de brasileiro, se assim me parecesse à consciência de jurista. Mas, não me encontro nesta contingência. Será que a falta de referência à instituição no novo texto, baste a considerá-la abolida? Mas o texto em questão não enumera os ‘órgãos’ do Poder Judiciário nos Estados e no Distrito Federal (art. 90, letra b), caso único em que a omissão teria tal sentido. Fora disto, só por incompatibilidade com os outros princípios, aí estabelecidos, ou conceitos formais, poderia entender-se extinto o Júri. E, quais são os ‘princípios’ da nova organização entendíveis como repugnantes a êle? Não será o democratismo limitadamente expresso, de que ‘o poder político emana do povo e é exercido em nome dêle’, visto que nos ‘tribunais militares inferiores’, referidos no art. 112, tais poderes são exercidos diretamente; e se o Júri militar é mantido, não se compreende que o popular seja incompatível com a nova organização, onde também aparece expressa a referência à ‘justiça de paz’ (art. 104), e se restaura o antigo ‘plebiscito’, decisão direta do povo, e se promete uma justiça autônoma de patrões e operários, verdadeiro tribunal de classe. Salta aos olhos que esses árbitros não toldam de incoerência o novo texto, declaradamente democrático, que além dos julgadores de ofício, vitalícios e garantidos, outros admite e nomeadamente juízes temporários (art. 106). Não há, pois, má vontade que possa convencer a abolição de jurados, pela invulnerabilidade que os juízes devam ter. por outro lado, é intuitivo e está dito no art. 183 que ‘continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as novas disposições’. Donde se há de concluir que, como o Júri, também não foram abolidos os institutos do mandado de segurança, das Juntas Comerciais dos Estados, dos Conselhos Penitenciários, embora não referidos. Justamente pelo silêncio, quanto ao problema agitado do Júri, é que deve decidir a favor dêle. Porque o Júri é uma forma de julgamento tradicional entre nós, que atravessou os três regimes, e a forma ordinária, geral, de julgamento, pela organização judiciária e leis de processo em vigor. Vigorava tal instituição, até aqui, obrigatoriamente, em tôdas as leis regionais, porque êle era ‘direito do cidadão’ (1891) ou ‘órgão constitucional do poder judiciário’ (1934). Isto deixou de ser. Mas subsiste, evidentemente, enquanto aquelas leis não forem modificadas, porque nisto não contrariam as novas linhas estruturais dêste período, que antes as reclamam como ‘essenciais’. E, haverá instituição que mais deva interessar do que o Júri, a um regime que ergue o ensino cívico à categoria de fundamento das escolas e do próprio Estado? Pois é no Júri que os cidadãos se informam da existência de inúmeras

Foi referendada a competência da União para legislar sobre o direito processual (CF/37, art. 5º, XIX, “a”), resultando na unificação do processo civil e do processo penal no Brasil e consideradas hígidas apenas as normas estaduais processuais na parte na parte concernente a “termos, atos ou prazos que, em razão das distâncias, dificuldades de comunicação ou peculiaridades locais, continuariam a ser por elas regulados”¹⁷⁴.

leis que a maioria ignora, cõ a que veda oferecer gorgeta a funcionário público, ainda que seja para cumprir seu dever, e a que autoriza até a matar, pela necessidade de proteger um bem maior, ou para defesa própria ou de terceiro. É aí também que os cidadãos se apercebem da imperfeição das leis, para poderem corrigi-las quando foram legisladores ou governantes e atenuar-lhes, pelo arbítrio relativo de jurados, os malefícios, que os juízes togados perpetuam sempre (Henri Coulon) porque adstritos a elas e impedidos de adaptá-las à moral e às conveniências de cada época e de cada lugar, nesse imenso Brasil, que Nina Rodrigues dividia em, pelo menos, quatro civilizações diferentes. O bom senso esclarecido é a ciência da vida, que nenhum livro ensina; e há mister liberdade em face da variedade infinita das circunstâncias, para exercer repressão, que não pode ser só equidade, porque visa também a exemplificar a maioria, e não somente exemplo intimidante, porque a injustiça revolta e não é boa conselheira. São os extremos errôneos do individualismo e do coletivismo, impróprios à justiça, tanto como a pura ciência, determinista, em conflito com o espiritualismo dos códigos (livre arbítrio), ambos tão precários como base de repressão que o preclaro professor Coll vem de esboçar o novo estatuto penal da Argentina sem uma palavra sobre a imputabilidade, ou fundamento do direito de punir, que declara estorvante do interesse social. Não é, pois, ciência, mas conveniência, que o bom senso provê. Não quer isto dizer que ele não erre, como a outra justiça, de que a Cõrte Suprema não conseguiu emendar todos os erros, pela avalanche de recursos de tôdas as partes descontentes. Mas seus méritos prevalecem no espírito da maioria do Congresso Jurídico Nacional de 1933, e da Assembléia Constituinte de 1934; alcandoraram-se nas penas gloriosas de Pimenta Bueno, Rui Barbosa, João Mendes, Firmino Whitaker, e ainda no presente se apóiam na autoridade de Carvalho Mourão, João Arruda, Borges da Rosa e tantos outros. No mais recente Congresso Internacional, o da Cecília, em 1933, a França, a Inglaterra, a Itália e a Alemanha, etc., pelos seus legítimos expoentes, consideraram insubstituível o Júri, cõ participação da moral e do bom senso na mais grave função do Estado, que é a de disposição da honra, da liberdade e da vida dos cidadãos. Porque o Júri é o ideal que hoje, mais do que nunca, se colima em tôdas as dissenções humanas: o juízo de classe, a arbitragem de pares, o julgamento dos que conheçam, por suas condições semelhantes, o fato e as partes. O novo regime, que assegura a justiça do trabalho para dirimir conflitos entre empregadores e empregados, poupando-os à justiça de técnicos (art. 130), não poderia privar o Brasil dessa mediação nos crimes graves comuns; porque aqui justamente, ante a cominação de grandes penas, é mister que a culpa seja notória aos olhos de tôda a gente (Bluntschli e Rui Barbosa); e isto só é possível no Júri, onde o povo julga, êle mesmo, o caso e os próprios julgadores. O respeito que êstes grangearam, nesta Capital e nas capitais dos Estados, pela seleção e estímulo morais, mostra bem que a instituição pode ser eficiente, desde que os juízes togados tenham compostura e autoridade para organizá-la. Aqui o Júri é mais severo que os julgadores profissionais, como se apura das estatísticas da Procuradoria Geral. Quando a justiça togada do interior fôr boa, bom também poderá tornar-se aí o Júri. E, até lá terão os governos, por êsse termômetro, a indicação dos seus deveres, quanto à educação e assistência aos seus concidadãos, quanto ao preparo das leis e da Justiça. Quebrar êsse espelho seria mais que uma inconsciência; uma fraqueza. Quem governa para o bem há de prezar a realidade. Esta, em matéria de justiça, só transparece no Júri, como expressão da mentalidade social e da capacidade dos organizadores. Fechar os olhos ao mal é defesa de avestruz, que, perseguido, enterra a cabeça na areia. Com a supressão do Júri, pois, sòmente o legislador se iludiria sobre a cultura e a opinião das massas. O Júri, entretanto, subsiste. Cuidemos dêle como o zelo que merece”. (sic) (FRANCO, 1946, p. 18-20).

¹⁷⁴ VELLOZO, op. cit., p. 40.

O Decreto nº 167, de 05/01/1938¹⁷⁵ acabou com a polêmica a respeito da extinção do Tribunal Popular, eis que passou a regulamentá-lo¹⁷⁶, mas com significativas modificações:

“a) fortalecimento da autoridade e maior amplitude de ação do presidente do Tribunal do Juri; b) critério positivo de maior rigor na seleção dos jurados; c) eliminação de ensejos a procrastinações e expedientes cavilosos; d) supressão da fastidiosa e quase inexpressiva leitura do processo pelo escrivão, e sua substituição por um relatório verbal feito pelo presidente do Tribunal, no tocante às provas existentes nos autos e às conclusões das partes; e) redução do tempo dos debates, para evitar que estes degenerem em discussões acadêmicas ou torneios de retórica; f) maior sinceridade da garantia de defesa do réu; g) efeito suspensivo da apelação interposta da decisão do Juri, ainda que unânime, quando se tratar de crime inafiançável; h) o julgamento por livre convicção, atribuído ao Tribunal de Apelação, quando tenha de pronunciar-se sobre os processos oriundos do Juri, em grau de recurso; i) restrição dos casos de nulidade do processo e do julgamento, no sentido da prevalência da justiça substancial sobre a meramente formal”¹⁷⁷ (sic).

A competência do Tribunal do Júri restou reduzida aos crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou auxílio ao suicídio, duelo com resultado morte ou lesão seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada.

¹⁷⁵ A comissão nomeada para a elaboração do Decreto-lei n. 167 contou com a participação de Magarino Tôrres, Antônio Vieira Braga, Nélson Hungria Hoffbauer e Narcélio de Queirós.

¹⁷⁶ Merece destaque a explanação do Min. Francisco Campos quando da exposição de motivos do Decreto-lei nº 167, em 05/01/1938, onde explicitava a manutenção do Júri no país como instituição inerente ao regime democrático: “É motivo de controvérsia a sobrevivência do Juri após o advento da Constituição de 10 de Novembro. Argumenta-se que a nova Carta constitucional tacitamente aboliu o tribunal popular, de vez que não fez menção dele, deixando de incluí-lo entre os ‘órgãos do Poder Judiciário’, enumerados no seu art. 90. A improcedência do argumento é, porém, manifesta. Funda-se ele no velho e desacreditado princípio *inclusio unius exclusio alterius*, já substituído na doutrina e na jurisprudência, salvo casos especialíssimos, pelo aforismo contrário: *positio unius non est exclusio alterius*. Para evidenciar o erro de sua aplicação na espécie, basta atentar em que, no citado art. 90, a Constituição não faz igualmente referência aos juízes e tribunais que terão de julgar os crimes políticos-sociais (art. 172) e as questões entre empregadores e empregados (art. 139), e seria absurdo concluir-se daí que tais juízes ou tribunais sejam órgãos de outro poder que não o Judiciário. O que cumpre indagar é tão somente se a instituição do Juri está compreendida no preceito genérico do art. 183 da nova Constituição, que declara em vigor, enquanto não revogadas, ‘as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição’. Ora, o vigente regime governamental é fundamentalmente democrático, e, portanto, lhe é inerente o princípio de que o povo, além de cooperar na formação das leis, deve participar na sua aplicação. Outra questão é saber se o júri, deixando de ser uma injunção constitucional, deve ser mantido. A resposta não pode deixar de ser afirmativa. Si outros méritos não tivesse o tradicional instituto (são bem conhecidos os argumentos formulados em seu favor), teria, pelo menos, o de corresponder a um interesse educacional do povo e o de difundir, no seio deste, a nítida noção e o apurado sentimento da responsabilidade que lhe cabe como participante da atividade do Estado”. (sic – sem grifo no original). (FRANCO, 1946, p. 21-22).

¹⁷⁷ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Dec.-Lei n. 167, de 05 de Janeiro de 1938, in **Revista Forense**, c. 73, págs. 219-220. *Apud*. VELLOZO, p. 41-43.

O Júri teve sua constituição reformulada, sendo composto por 21 (vinte e um) jurados, dos quais apenas 07 (sete) seriam sorteados e exortados¹⁷⁸ para a formação do Conselho de Sentença. Os jurados eram escolhidos dentre cidadãos maiores de 25 (vinte e cinco) anos (alistados na forma da lei), os quais, por suas condições oferecessem garantias de firmeza, probidade e inteligência no desempenho da função¹⁷⁹.

O referido decreto manteve o rodízio dos jurados, possibilitando a isenção do serviço por um prazo de 01 (um) ano, àqueles que já tivessem atuado no Conselho de Sentença e apresentassem requerimento para tanto. A isenção apenas seria indeferida caso redundasse em prejuízo do serviço normal do júri.

A lista de jurados era formada mediante escolha do juiz presidente do júri entre pessoas de seu conhecimento pessoal ou através de informação fidedigna e sob sua responsabilidade em número de, 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) no Distrito Federal e Comarcas com mais de cem mil habitantes e 120 (cento e vinte) a 300 (trezentos) nas Comarcas de menor população. Merece destaque a possibilidade conferida ao magistrado de requisitar à autoridades locais, associações de classe e sindicatos profissionais e repartições, a indicação de cidadãos que reúnam as condições referidas.

Por outro lado, o mesmo Dec.-lei nº 167, de 05/01/1938, possibilitava que a decisão dos jurados pudesse ser reformada quanto ao mérito (flexibilizando a regra da soberania dos veredictos), inclusive com a aplicação da pena considerada “justa” pelo Tribunal de Apelação, o qual era livre para apreciar tanto as provas produzidas tanto no sumário de culpa, quanto no plenário de julgamento:

“Art. 96. Se apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário do julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apoio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para se aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ A exortação dos jurados seguia o seguinte modelo: “Em nome da lei, concito-vos a examinar a acusação que pesa sobre o réu, sem ódios ou simpatias, mas com a retidão e a imparcialidade necessária para que vosso julgamento traduza coragem pela verdade e zelo pela Justiça, tal como a sociedade espera do vós”. (sic – art. 58).

¹⁷⁹ Decreto-Lei 167/1938, Art. 7º: “Os jurados devem ser escolhidos dentre os cidadãos que, por suas condições, ofereçam garantias de firmeza, probidade e inteligência no desempenho da função”.

¹⁸⁰ “Houve excitação nos meios jurídicos, alinhando-se, de um lado, aqueles que eram opositores, como Frederico Marques, e de outro os seus partidários, como Pedro Aleixo, para quem aquela reforma representava a abolição do júri, e J. C. Mendes de Almeida, que via no ato ‘a morte virtual do instituto do Tribunal dos Jurados’”. (VIVEIROS, op. cit., p. 14). A jurisprudência, por sua vez, pacificou o entendimento segundo o qual as decisões do júri apenas deveriam ser revistas

O impacto sofrido pelo Tribunal do Júri advindo do Estado Novo e a instalação de uma nova ordem punitivista é assim resumido com maestria por Rangel:

“O júri, então, passa a sofrer a influência do novo regime e da nova classe que assume o poder, logo, sua independência e soberania foram cerceadas. O déspota tem de ter o júri sob o controle, e a melhor forma é retirando sua soberania, silenciando-o e diminuindo seu número para sete. Até porque a escolha dos jurados era feita por conhecimento pessoal do magistrado, o que, por si só, faz com que recaia sobre aqueles que pertencem à classe detentora do poder. A lei penal, seja processual, seja penal material, sempre foi um instrumento de legalização do arbítrio estatal, não obstante faltar legitimidade a seus atos. (...).¹⁸¹”

O Código de Processo Penal de 1941 não mostrou grandes alterações à legislação anterior e dispôs que a escolha dos jurados seria feita pelo juiz presidente, o qual deveria escolher os jurados de acordo com o seu conhecimento pessoal ou informação fidedigna em número variável de acordo com a dimensão da população local (art. 439¹⁸²). A lei ainda facultou ao magistrado requisitar às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas a indicação de cidadãos que reúnam as condições previstas em lei, ou seja, pessoas maiores de 21 (vinte e um) anos e de notória idoneidade (arts. 434 e 436).

A referida legislação ostentava um perfil tipicamente machista e preconceituoso, vez que concedia isenção do serviço do júri às mulheres que não exercessem função pública e provassem que, em virtude de ocupações domésticas,

quando nenhum apoio encontrassem no processo. Segundo anotou Francisco Campos, com a possibilidade de revisão das decisões do júri pelo tribunal, a “aplicação da justiça penal pelo júri deixou de ser *abdicação*, para ser uma *delegação* do Estado, controlada e orientada no sentido do superior interesse da sociedade. Privado de sua antiga *soberania*, que redundava, na prática, numa sistemática indulgência para com os criminosos, o júri está agora, integrado na consciência de suas graves responsabilidades e reabilitado na confiança geral” (sic). (CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Dec.-Lei n. 167, de 05 de Janeiro de 1938, in **Revista Forense**, c. 73, págs. 219-220. *Apud.* VELLOZO, p. 45).

¹⁸¹ RANGEL, op. cit., p. 83.

¹⁸² Art. 439. Anualmente, serão alistados pelo juiz-presidente do júri, sob sua responsabilidade e mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) jurados no Distrito Federal e nas comarcas de mais de cem mil habitantes, e oitenta a trezentos nas comarcas ou nos termos de menor população. O juiz poderá requisitar às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas a indicação de cidadãos que reúnam as condições legais.

o serviço do júri fosse a elas particularmente difícil (art. 436, parágrafo único, inciso IX)¹⁸³.

O Tribunal do Júri seria composto por um Juiz de Direito e 21 (vinte e um) jurados, dos quais sete seriam sorteados para compor o Conselho de Sentença. Após ter participado de uma ou mais sessões de julgamento, o jurado poderia pedir a sua isenção (salvo inexistente número suficiente de jurados) do serviço do júri pelo prazo de 01 (um) ano, o que, se por um lado - em tese - , garantia a rotatividade do exercício da função, por outro, não renovava obrigatoriamente a participação popular¹⁸⁴.

Com a **Constituição de 18/09/1946**, o júri passou a ser inserido como **direito e garantia individual**, feita a sua previsão no artigo 141, §28: “É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número de seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”¹⁸⁵.

Fazendo a defesa da Instituição do Júri quando da Constituinte de 1946, Ataliba Nogueira, citado por Ary Azevedo Franco, asseverou que o Tribunal do Júri era índice de democracia, expressão da liberdade e sempre realizou, dentro da justiça penal, notável trabalho de individualização da pena. E mais:

“(…) aos que têm acompanhado a evolução do Tribunal do Júri, que êsse Tribunal popular, índice da democracia, expressão da liberdade, realizou dentro da justiça penal, até nossos dias, notável trabalho de individualização da pena, antes que as regras e normas científicas houvessem estabelecido o princípio. Antes do homem de ciência, o jurado, juiz de fato, realizou função de individualizar a pena. Assevera que o Tribunal do Júri, das instituições humanas de todos os tempos é a que mais tem resistido aos contratempos e contra-

¹⁸³ Conforme anota Streck, do dispositivo em comento percebe-se “o papel que o ‘legislador’ adjetivo penal reservou à mulher no Tribunal do Júri... Talvez por isso, para ‘evitar contratempos’ para quem se dedica às prendas domésticas, o corpo de jurados de muitas cidades brasileiras somente a partir da década de 80 começou a admitir a participação de mulheres em sua composição, sendo que, em sua expressiva maioria, o número de mulheres é inferior ao de homens”. (STRECK, op. cit., p. 97).

¹⁸⁴ Conforme bem explicitado pelo Prof. René Ariel Dotti: “Um dos graves problemas do sistema anterior [CPP/1941] era a presença do jurado permanente ou habitual, que tinha seu nome mantido na relação da lista geral. Em Curitiba, chegou a ser criado um tipo de associação de membros do tribunal popular.” (DOTTI, 2009, p. 199). Tal fato não se mostrou um ato isolado, pois que, no presente ano de 2011, quando da titularidade da 02ª Secretaria Privativa do Tribunal do Júri da Capital, recebi novo pedido para a criação de uma “associação de jurados”, inclusive com a solicitação de que fosse expedido pelo Poder Judiciário um documento identificativo da função exercida.

¹⁸⁵ A presente norma teve por origem a proposta feita pelo senador Aloísio de Carvalho Filho (Emenda n. 2726), onde se buscava, dentre outras, a restauração da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, a qual havia sido suprimida pelo art. 96 do Decreto-lei n. 167/1938 e igualmente encampada pelo Código Nacional de Processo Penal em seu artigo 593.

ataques, aquela que mais se entranhou no espírito democrático dos povos; é uma instituição necessária à democracia, como complemento do regime democrático. **Mesmo na concepção moderna de democracia, não podemos afastar o cidadão da função de julgar, uma vez que colabora no governo elegendo seus dirigentes; colabora na confecção da lei elegendo os parlamentares; colabora na distribuição da justiça julgando seus semelhantes.** Assim, o Júri é, ao mesmo tempo, não só uma garantia individual, como um direito do cidadão. Garantia individual, porque ninguém nega, ainda nos dias de hoje, e apesar das transformações das concepções democráticas, o direito de ser o acusado julgado pelos seus semelhantes, direito individual porque todos reconhecem ao acusado o direito de ser julgado acima das normas inflexíveis e rígidas da lei, a que um juiz togado está obrigado, julgando, de acordo com as condições locais, nas normas dos padrões morais da sociedade ou coletividade em que vive o onde cometeu o crime. O Júri figurou na Constituição de 91, defendido pelo grande jurista, advogado das liberdades públicas, Rui Barbosa; foi conservado em 26; entrou na Constituição de 34; apenas a de 37 o omitiu, mas ainda assim o espírito democrático do Brasil reagiu, e renasce o Júri na lei ordinária. A emenda foi aprovada” (sic – sem negrito no original)¹⁸⁶.

A **Lei nº 263, de 23/02/1948** trouxe importantes modificações na sistemática do júri, firmando a sua competência para o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, 1º, 121 § 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

No tocante a soberania dos veredictos, a novel legislação possibilitou a revisão das decisões do Conselho de Sentença pelo tribunal *ad quem* quando restassem manifestamente contrárias às provas dos autos (art. 8º). Contudo, não mais poderia o tribunal aplicar o direito ao caso concreto – fato que macularia a soberania dos veredictos. Deveria anular o *decisium* e determinar a realização de um novo julgamento, o qual não poderia restar novamente anulado sob o mesmo motivo (fundamento).

Em 1951 surgiu na história do Brasil uma nova ideia de júri popular, tratava-se da Lei nº 1521/51 que regulamentava o julgamento dos **crimes de economia popular**.

A constitucionalidade do júri foi logo questionada sob a argumentação de que não seria possível criar-se um tribunal sem previsão constitucional. Tal argumentação não vingou, eis que a própria Constituição de 1946 atribuía a organização do júri à lei infraconstitucional, desde que respeitadas as regras do número ímpar dos jurados, da garantia do sigilo das votações, da

¹⁸⁶ FRANCO, op. cit., p. 24.

plenitude de defesa e da soberania dos veredictos¹⁸⁷. A melhor exegese da Carta de 1946 (art. 141, §28) evidenciava que o objetivo do legislador constituinte era a de afastar a possibilidade de a lei excluir da alçada do júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, fato que não impediria que outros tipos lhe fossem atribuídos¹⁸⁸.

O júri de economia popular era composto por um juiz de direito e vinte um jurados sorteados dentre os eleitores de cada zona eleitoral, dos quais, cinco compunham o conselho de sentença. A primeira lista, chamada de lista geral, era composta de cento e cinquenta a duzentos eleitores, os quais deveriam ser pessoas de notória idoneidade, incluídos de preferência os chefes de família e as donas de casa, e era organizada semestralmente (e não anualmente como no júri comum). Até o dia 15 de cada mês sorteavam-se os jurados que constituiriam o tribunal para o mês subsequente. No dia do julgamento, tendo comparecido ao menos 15 (quinze) jurados, feita a verificação das cédulas, anunciado o processo e realizado o pregão, deveria o magistrado sortear os cinco jurados para a composição do conselho de sentença.

A preferência de composição do júri por chefes de família e donas de casa foi ferrenhamente criticada por opositores sob a argumentação que ali se instalava um tribunal draconiano ou uma justiça impiedosa. Contudo, não existia melhor maneira de compor-se um tribunal popular para o fim a que se destinava (julgar crimes contra a economia popular) senão por aqueles que conheciam de perto e vivenciavam os crimes tipificados no artigo 2º da Lei n. 1.521/51. É o que com perfeição esgrima Frederico Marques:

“Há a questão dos chefes de família e donas de casa, aos quais dá a lei preferência na composição das listas. Mas se o júri é o tribunal que decide com íntima convicção porque se supõe que o jurado tem contacto mais estreito com a

¹⁸⁷ Conforme anotou Frederico Marques (1955, p. 311) ao se manifestar sobre a constitucionalidade do júri de economia popular e a norma disposta no art. 141, §28 da Constituição de 1946: “De tudo se infere que à lei ordinária cumpre traçar a regulamentação adequada para o júri, sem limitações outras, para o legislador, que as impostas na Constituição. E essas limitações são aquelas do §28, do art. 141, devidamente discriminadas, e não regras de organização e funcionamento do tribunal popular que alguns procuram encontrar, a toda força, na expressão, ‘é mantida a instituição do júri’. Manter a referida instituição não significa adotá-la de acordo com padrões tirados de leis antigas e normas outrora vigentes. Não existe um sistema ortodoxo de regras jurídicas para estruturarem o júri. O que este tem de imutável e essencial é a forma pela qual, no colégio heterogêneo que o compõe, se distribuem as funções de juízes leigos e togados. Manter a instituição do júri, portanto, é preceituar a continuidade desse tribunal popular, e não de outro juízo colegiado de formação heterogênea como o escabinado, no quadro de nossas instituições judiciárias”,

¹⁸⁸ Cf. TOURINHO, 2010, p. 305.

vida e sabe compreender melhor os que se desviam da lei (este pelo menos é o argumento máximo dos pregoeiros do júri), justifica-se plenamente a diretriz abraçada pelo legislador. Compreender o delinquente não é só olhar complacentemente o seu crime e saber perdoar as suas faltas. Se é isto o que pretendem os advogados de defesa, não é, porém, o que preconiza a justiça. O jurado deve ser o *vir bonus* que, sem formalismo e preconceitos, possa tirar dos acontecimentos que o processo descreve, o significado humano e real que servirá de base para um julgamento seguro e justo. E quem melhor que as donas de casa e os chefes de família para conhecer as manobras subreptícias e fraudulentas dos que exploram a economia do povo?¹⁸⁹

Em uma época onde eram isentas do júri as mulheres que não exerciam função pública e que provassem que o serviço doméstico seria prejudicado com sua participação no Tribunal Popular, vemos que o júri de economia popular soube dar o devido valor à participação da mulher. Em legítimo resgate democrático, tornou preferencial a sua participação nos julgamentos dos crimes de economia popular (art. 14 da Lei nº 1521/51)¹⁹⁰.

Os crimes de sua competência eram descritos no art. 2º da Lei nº 1521/51 e o juízo competente era identificado pelo local da consumação do delito (*ratione loci*). As regras de conexão também deveriam ser observadas e, segundo Frederico Marques, não haveria motivo para não se estender o desaforamento ao júri de economia popular. O procedimento era escalonado, ou seja, existia a fase do *judicium accusationis* e do *judicium causae*.

A primeira fase seguia o rito ordinário, observando-se as alterações previstas no art. 23 da Lei nº 1521/51, quais sejam: i) o número de testemunhas era de no máximo seis para cada uma das partes; ii) as testemunhas deveriam ser ouvidas no prazo de quinze dias quando se tratasse de réu preso e de vinte dias quando fosse solto; iii) as partes podiam dispensar a inquirição das testemunhas arroladas cujos depoimentos constassem do inquérito policial; iv) existia uma fase de saneamento e de diligências processuais após a oitiva das testemunhas; v) as partes deveriam apresentar suas alegações finais no prazo de quarenta e oito horas; vi) o juiz poderia absolver, desde logo, o acusado, quanto estivesse provado que ele não praticou o crime, mas deveria recorrer ex officio de sua decisão; vii) se não fosse o caso de absolvição, o magistrado deveria remeter os autos, sem

¹⁸⁹ Ibid, p. 316.

¹⁹⁰ “(...) O que no código constituía causa de isenção, na lei sobre os crimes de economia popular se transformou em prioridade ou preferência. Criou, assim, o legislador, na própria justiça popular, uma forma toda original de especialização: se as mulheres são pouco indicadas para crimes do júri comum, sua participação, quando donas de casa, no julgamento de crimes contra a economia popular, é útil e eficaz”. (MARQUES, op. cit., p. 317).

manifestar a sua opinião, ao juiz presidente do júri, momento em que se iniciava o *judicium causae*, dispensando-se o libelo.

Constata-se que o art. 23, VII da Lei nº 1521/51 dispensava a pronúncia. Porém, o despacho de encaminhamento mantinha alguns efeitos processuais idênticos ao da pronúncia. “Esta porém, tem seu aspecto formal próprio, como se vê do art. 408, do Cód. Proc. Penal. E na caracterização de uma decisão jurisdicional, não se pode abstrair esse aspecto: *forma dat esse rei*”¹⁹¹.

O júri se instalava com o comparecimento de quinze jurados, dos quais cinco compunha o conselho de sentença. Além dos casos de comuns de suspeição e impedimento, não poderiam servir no conselho o jurado que exercesse a mesma atividade profissional do acusado (art. 18).

O acusado somente seria interrogado se pretendesse fazer alegações a bem da defesa perante os jurados (art. 27). Caso contrário, era simplesmente qualificado. A instrução se dava com a oitiva das testemunhas já inquiridas na primeira fase, sendo vedada a assentada de novo testigo. Destinava-se o prazo de uma hora para os debates. Porém, havendo mais de um réu, o tempo era elevado ao dobro, desde que as partes os requeressem. Não existia previsão de réplica ou tréplica.

Concluídos os debates, o juiz indagava dos jurados se estavam habilitados a julgar ou se precisavam de mais esclarecimentos e, em seguida, o presidente do júri fazia a leitura do único quesito existente (se o réu praticou o crime que lhe foi imputado), questionando às partes quanto a eventual reclamação. A quesitação única era facilitadora da verdadeira compreensão do caso e da própria participação popular.

A votação se realizava numa sala especial (art. 29) e a votação seguia o sistema de cédulas contendo as palavras “sim” e “não”. Obtido o resultado, caberia ao juiz presidente redigir a sentença e aplicar a eventual pena.

¹⁹¹ MARQUES, Op. cit., p. 346. Conforme anota o referido autor (1955, p. 347): “Na pronúncia, o juiz dá ‘os motivos do seu convencimento’, o que não acontece com o despacho de remessa. Este é um interlocutório, embora de efeitos definitivos; mas não tem equivalente contrário ao despacho de pronúncia, que é o de impronúncia. Ou o juiz manda o réu a plenário, ou o absolve sumariamente: absolvê-lo da instância como na impronúncia, é o que lhe não cabe fazer. (...). O despacho do art. 23, nº VI, da lei 1.521, muito se assemelha ao auto de abertura do plenário do direito alemão, e, com certos aspectos, à ‘senteza di rinvio’ do direito italiano. Como esta, êle é também ‘um provvedimento di símplice impulso processuale’, que está, por isso, ‘sottratto a qualsiasi impugnazione’”.

A decisão de condenação ou absolvição cabia aos jurados, mas a aplicação da pena era matéria restrita ao juiz de direito. Da decisão do júri, que também era soberana, era cabível o recurso de apelação, sem efeito suspensivo (art. 30).

A competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes de economia popular foi extinta pelo Decreto-lei nº 02, de 14-01-1966 e devidamente sepulgada por obra da **Constituição de 24/01/1967**¹⁹², a qual reservou a sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida: “Art. 150, §18. São mantidas a instituição e a soberania do júri que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

A extinção da competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes de economia popular representou verdadeiro retrocesso à causa democrática e um duro golpe quanto a participação popular na administração da justiça.

As críticas lançadas contra a ampliação da competência do Tribunal Popular mostraram-se infundadas, especialmente a imposta quanto a composição do tribunal por “donas de casa” e “chefes de família”. Com efeito, a lei soube buscar com maestria as pessoas mais aptas e qualificadas para julgar crimes contra a economia popular. Não objetivou-se instalar uma “justiça draconiana”, mas sim, alistar-se as pessoas possuidoras de maior interesse direto e imediato no julgamento dos referidos tipos penais e de contato mais estreito com os mesmos¹⁹³.

¹⁹² Conforme anota Tubenchlak (1999, p. 38): “(...) transparece com nitidez a extinção expressa de sua competência para o julgamento dos delitos contra a economia popular (Lei n. 1.521/51), por obra da Constituição de 1967, que reservou a competência dos Juizes de Fato, exclusivamente, aos delitos dolosos contra a vida. (...). Com efeito, sendo proibida a repristinação – ‘Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdida a vigência’ (art. 2º, §2º, da LICC) -, não seria correto afirmar-se o retorno do Júri de economia popular, pela inexistência de norma legal expressa a esse respeito”. Aqueles crimes que então eram de alçada do Tribunal do Júri (art. 2º da Lei nº 1521/51) passaram a adotar o procedimento previsto para os demais crimes de economia popular definidos nos artigos 3º e 4º da mesma lei. (Cf. TOURINHO, 2010, p. 306).

¹⁹³ Após ter defendido a constitucionalidade do júri de economia popular, Frederico Marques soube identificar justamente nas “donas de casa” e “chefes de família” as pessoas mais aptas para a apreciação dos crimes afetos à sua competência: “ (...) se o júri é o tribunal que decide com a íntima convicção porque se supõe que o jurado tem contacto mais estreito com a vida e sabe compreender melhor os que se desviam da lei (êste pelo menos é o argumento máximo dos pregoeiros do júri), justifica-se a diretriz abraçada pelo legislador. Compreender o delinquente não é só olhar complacente o seu crime e saber perdoar as suas faltas. Se é isto o que pretendem os advogados de defesa, não é, porém, o que preconiza a justiça. O jurado deve ser o *vir bonus* que, sem formalismos e preconceitos, possa tirar dos acontecimentos que o processo descreve, o significado humano e real que servirá de base para um julgamento seguro e justo. E quem melhor que as donas de casa e os chefes de família para conhecer as manobras subreptícias

A **Emenda Constitucional nº 01, de 17/10/1969**, também tratou do júri como direito e garantia individual: “Art. 153, §18: É mantida a instituição do júri que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Atualmente, a **Constituição de 05/10/1988** trata do júri no Título II, como direito e garantia fundamental do cidadão, estampando em seu artigo 5º, XXXVIII, ser 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”. Ao inseri-lo no art. 5º da Constituição Federal, o legislador objetivou cercá-lo de maior estabilidade e efetividade, eis que, como garantia individual, não poderá ser sujeito a proposta de emenda constitucional (CF, art. 60, §4º, IV).

O desdobramento dos seus princípios informativos será realizado em capítulo próprio do presente trabalho.

Por fim, conforme adverte Tucci, “desde o Brasil Império, até a República de nossos dias, as vicissitudes pelas quais passou a instituição do júri jamais tiveram o condão de abalar, levemente que fosse, as suas colunas mestras¹⁹⁴”, as quais são identificadas pelo autor como sendo fundamentalmente:

“a) caráter público, contraditório e oral do respectivo processo; b) divisão do procedimento em duas fases, uma de formação da culpa (*iudicium accusationis*) e outra, subsequente, de julgamento (*iudicium causae*); c) composição do órgão julgador por um juiz togado (legalmente investido no exercício da jurisdição, e, especificamente, na presidência do tribunal do júri) e juízes de fato (jurados), com a incumbência de proferir o veredicto; d) forma de recrutamento dos jurados; e e) método de votação.¹⁹⁵” (TUCCI, 1999, p. 33).

A análise das características essenciais do Tribunal do Júri e o seu entrelaçamento com o ideal de democracia será melhor analisado após dissertarmos sobre os referenciais teóricos do procedimento democrático.

e fraudulentas dos que exploram a economia popular?”. (MARQUES, 1955, p. 313-314). Frederico Marques chegou a afirmar ser mais adequado às funções do juiz leigo e do júri o julgamento dos crimes previstos na Lei nº 1521/51 do que os crimes contra a vida. Segundo o autor: “Mais fácil que prescrever resolver, na etiologia de um homicídio, os motivos profundos de sua prática pelo acusado, - é descobrir a técnica e artil dos exploradores da economia do povo”. (Ibid, p. 314).

¹⁹⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

¹⁹⁵ TUCCI, 1999, p. 33.

4. DO REFERENCIAL DEMOCRÁTICO

4.1. ALGUMAS DIMENSÕES DA DEMOCRACIA.

Trata-se de uma árdua tarefa discutir ou traçar os rumos do andar democrático, pois, se é certo que a democracia direta surgida na Grécia antiga é matéria vencida, não é menos certo afirmar inexistir uma absoluta separação entre o modelo democrático dos antigos e a idéia dos modernos, podendo-se visualizar, durante todo o transcurso histórico, um lento processo de maturação e ebulição de seu conceito e aplicação jurídico-política¹⁹⁶.

Com isso, não se quer afirmar a existência de uma superposição de modelos ou evolução procedimental - vez que a democracia deve ser analisada em cada recorte próprio e fragmentado de época e povo – mas apenas destacar os traços característicos em sua própria dimensão, pois, o sentido do termo “democracia” é inseparável dos contextos histórico-culturais no qual é empregado¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Conforme anota Pietro Costa, “(...) desde as suas origens antigas, a democracia apresenta-se como inseparável de alguma ideia de igualdade, de igual participação na vida da pólis, e desse ponto de vista é possível apreender uma sutil linha de continuidade entre o antigo e o moderno: sob a condição, porém, de se manter ao mesmo tempo em evidência as radicais diferenças de perspectiva que separam os dois mundos.”(COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**. Ensaios de história do pensamento jurídico. Trad: GUANDALINI JR, Walter. Curitiba: Juruá, 2010, p. 212).

¹⁹⁷ A igualdade na pólis grega, por exemplo, não evoca o seu sentido moderno de ser “sujeito de direitos”, vez que se exauria na própria pólis; “não põe em questão, mas pressupõe a distinção qualitativa entre escravo e livre; encontra o seu fundamento não no indivíduo como tal, mas no povo, e no povo como parte da cidade: a democracia antiga é o governo de um povo que se

Conforme a classificação proposta por Bobbio e utilizada por Oliveira, a democracia pode ser analisada sob duas perspectivas, a do seu uso **descritivo-analítico** identificada nas tipificações da democracia dos antigos (democracia direta ateniense) e dos modernos (democracia representativa); e de seu uso **prescritivo**, revelado por uma perspectiva axiológica¹⁹⁸⁻¹⁹⁹.

A delimitação do que seja “democracia” não é tarefa das mais fáceis²⁰⁰, especialmente diante da eterna e constante mutação iniciada a partir da Grécia antiga (século VI a.C) e seu conceito de horizontalidade igualitária entre cidadãos,²⁰¹ até alcançarmos a sua configuração mais moderna como exercício participativo e direito de quarta-geração (Carole Pateman, Nikos Poulantzas, Bonavides, Roberto Amaral, dentre outros).

No decorrer desse transcurso histórico constata-se o desuniforme andar democrático sempre obtemperado sob os feixes de poder de uma determinada época²⁰², pois, “não há sociedade humana isenta de crise, assim como

afirma como entidade coletiva já existente, não reduzível à mera soma dos indivíduos que a compõem.” (Id).

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Esfera pública e democracia participativa – a contribuição de Hannah Arendt e Robert Dahl para a consolidação do direito de participação política no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, maio/jun, 2009, p. 121.

¹⁹⁹ O termo “democracia”, de acordo com Bobbio, sempre foi utilizado para designar uma das formas de governo, ou seja, um dos diversos modos com que poder ser exercido o poder político. Assim, estando a democracia inserida dentro de um sistema mais amplo (formas de governo), ela pode ser estudada a partir do uso que a teoria das formas de governo foi destinada. “Estes usos são os seguintes: descritivo (ou sistemático), prescritivo (ou axiológico) e histórico. Em seu uso descritivo ou sistemático, uma teoria das formas de governo resolve-se na classificação e portanto na tipologia da formas de governo que historicamente existiram, construída à base da determinação daquilo que as une e daquilo que as diferencia, numa operação não diversa da do botânico que classifica plantas ou do zoólogo que classifica animais. Em seu uso prescritivo ou axiológico, uma teoria das formas de governo comporta uma série de juízos de valor à base dos quais as várias constituições são não apenas alinhadas uma ao lado da outra mas dispostas conforme uma ordem de preferência, segundo a qual uma é julgada boa e a outra má, uma ótima e outra péssima, uma melhor ou menos má, uma ótima e assim por diante. Pode-se enfim falar de uso histórico de uma teoria das formas de governo quando dela nos servimos não só para classificar as várias constituições, não só para recomendar uma mais do que a outra, mas também para descrever os vários momentos sucessivos do desenvolvimento histórico considerado como uma passagem obrigatória de uma forma a outra. (...). Supérfluo advertir que os três usos jamais estão completamente separados e que com frequência a mesma tipologia os contém a todos entrelaçados (...).” (BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**. Para uma teoria geral da política, 4 ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 135-136).

²⁰⁰ Destacando que a ideia de democracia é aceita de forma quase unânime na atualidade, Marco Nobre ressalta ao mesmo tempo que o seu sentido parece “fluido” e “escorregadio”, restando então ao pesquisador a tarefa de em primeiro lugar identificar os sentidos da democracia. (NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação**. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004, p. 21).

²⁰¹ Cf. OLIVEIRA, op. cit., p. 128.

²⁰² O termo democracia também já foi empregado por vários “senhores”, sendo identificado por Bruno Fiuza como uma espécie de panacéia universal. Segundo anota o autor,

não se pode conceber a História sem transformações e mudanças sociais permanentes”²⁰³.

A democracia representa mais do que um sistema político, trata-se de um sistema de vida umbilicalmente ligado ao vértice político, social e econômico de uma determinada sociedade. Dessa forma, não deve ser pensada com uma obra já pronta, pois sua construção (inacabada) reclama, como assevera Enrique Vescovi, uma constante vigília em sua defesa e uma renova busca para a sua realização, perscrutando-se um ideal que, ainda que seja inalcançável nos permite ir melhorando incessantemente nossas instituições e, de forma definitiva a nossa vida²⁰⁴.

Apesar da mixórdia conceitual do que seja democracia, é possível extrair-se da doutrina a existência de vários modelos, ou várias formas de se pensar (“sentir”) a democracia. Consideram-se as mais destacadas: **a democracia elitista** (Joseph Schumpeter²⁰⁵), **a democracia pluralista** (Robert Dahl²⁰⁶), **a democracia**

“George W. Bush promoveu uma carnificina no Oriente Médio para levar a ‘democracia’ à região. Já Kim Jong-il se orgulha de ser o líder da República ‘Democrática’ Popular da Coreia. E os generais brasileiros implantaram a mais violenta ditadura histórica do país para ‘salvar a democracia’ em 1964”. (FIUZA, Bruno. Qual democracia? **História Viva**. São Paulo. ano VIII, n. 95, 2011, p, 03).

²⁰³ SILVA, Ovídio A. Baptista. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 99.

²⁰⁴ VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 360-361.

²⁰⁵ “Democracia, para Schumpeter, é a luta entre líderes políticos rivais, pertencentes a partidos e disputando o direito de governar. Trata-se, portanto, de um modelo em que democracia passa a ser um arranjo institucional capaz de produzir decisões necessárias à reprodução social e econômica nas condições de uma sociedade pós-tradicional, em que não há um mesmo conjunto de valores últimos partilhados por todos os membros do corpo político. Nesse sentido, os arranjos institucionais garantidos pela democracia podem servir a diversos fins, não estando inscrito na sua lógica de funcionamento qualquer fim intrínseco. Desse modo, no sistema democrático schumpeteriano, ‘os únicos participantes integrais são os membros das elites políticas nos partidos e em cargos públicos. O papel do cidadão comum é não apenas grandemente diminuído, mas também frequentemente descrito como uma indesejável violação do processo de decisão pública regular’”. (NOBRE, op. cit., p. 31).

²⁰⁶ “Para Dahl, todo o problema está em desvendar a lógica da distribuição de poder na lógica democrática ocidental, razão pela qual o cerne da posição pluralista está em sua concepção de poder, definida como a capacidade de impor objetivos em face da oposição de outrem. Como escreve Held, na concepção pluralista, o ‘poder é arranjado de maneira não-hierárquica e competitiva. É uma parte inextrincável de um ‘processo infinito de barganha’ entre inúmeros grupos, representando diferentes interesses, incluindo, por exemplo, organizações comerciais, sindicatos, partidos políticos, grupos étnicos, estudantes, carcereiros, institutos femininos, grupos religiosos. Esses grupos de interesses podem ser estruturados em torno de ‘clivagens’ econômicas ou culturais particulares, tais como classe social, religião ou etnia. Esses pressupostos projetam uma imagem da democracia como estímulo e como garantia da competição entre grupos de interesses, com proteção de minorias e de direitos de participação, pretende-se uma teoria descritiva e dispõe de uma concepção de poder bastante mais larga que a do modelo elitista”. (Ibid, p. 32).

legal (Friedrich Hayek e Robert Nozick²⁰⁷), **a democracia participativa** (Carole Pateman, Nikos Poulantzas, C. B. Macpherson²⁰⁸) e **a democracia deliberativa** (Jürgen Habermas, Seyla Benhabib, etc²⁰⁹).

²⁰⁷ “Trata-se de uma radical defesa das liberdades negativas como valor supremo, como valor que deve se impor em qualquer eventual conflito de princípios políticos e jurídicos. Com isso, trata-se também de uma radical defesa do Estado mínimo e do *laissez-faire* como valor fundamental da vida social. Se entretanto, na versão dada por Nozick, o modelo legal parece bastante obscuro quanto aos arranjos institucionais entre liberdades individuais, Estado e regime democrático, Hayek colocará esse problema no centro de sua reflexão. Nesse sentido, se Hayek partilha do diagnóstico elaborado primeiramente por Weber e depois retomado por Schumpeter, o elemento fundamental de sua proposta teórica está em evitar a ‘tirania da maioria’ lockeana. Com isso, por exemplo, qualquer compreensão da democracia como realização de uma ‘ordem de bem-estar’ é nefasta, pois introduzirá (para utilizar termos de Weber) uma materialização do direito altamente prejudicial à liberdade que, no limite, coloca-a em risco. A intervenção estatal só tem razão de ser na medida em que fomenta a perseguição dos objetivos dos indivíduos e deve ser rigorosamente limitada pela idéia mesma de Estado de Direito. Segundo Held, a visão de Hayek é a de que ‘a democracia não é um fim em si mesmo; ela é antes um meio, um instrumento útil’ para salvaguardar o mais alto fim político: a liberdade. As restrições quanto tais (...), têm de ser impostas sobre as operações da democracia; governos democráticos deveriam aceitar limites no alcance legítimo de suas atividades. O escopo legislativo do governo é e tem de ser restringido pelo império da lei (rule of law)”. (Ibid, p. 33).

²⁰⁸ “Trata-se de uma corrente teórica reconhecida como ‘nova esquerda’, herdeira dos movimentos contestatórios da década de 1960 e que se contrapõem com vigor ao modelo ‘legal’ descrito anteriormente, na medida em que toma como ponto de partida a intuição original de Marx de que o mercado capitalista cristaliza desigualdades anteriormente produzidas, sendo a mais importante dentre elas aquela entre os detentores dos meios de produção e aqueles obrigados a vender sua força de trabalho. Nesse sentido, é de fundamental importância superar não apenas as desigualdades materiais que impedem a efetiva realização das liberdades apenas prometidas pelo direito sob o capitalismo, mas também os déficits de formação política da opinião e da vontade que daí resultam, o que significa antes de mais nada ampliar a participação nos processos decisórios. É certo que, para essa vertente, a realização da democracia participativa encontra obstáculos ao pretender se ampliar para os domínios social, econômico e político sem deixar de lado as instituições da democracia representativa, de modo que a efetividade de um modelo encontra seus limites na própria organização capitalista de produção. Nesse sentido, é também um modelo de democracia que aponta para além das instituições democráticas sob o capitalismo. Para essa vertente, portanto, as instituições representativas e o próprio governo devem ser entendidos meramente como meios de realização da vontade dos cidadãos e jamais como as instituições democráticas por excelência, o que significa, antes de mais nada, que um democrata participativo não aceita qualquer divisão rígida entre Estado e sociedade civil, mas antes, seguido Jean-Jacques Rousseau – o inspirador maior dessa vertente teórica -, enfatiza a necessária identidade entre governantes e governados resultante de um único contrato social que instituiu um único corpo político. Dessa inspiração rousseauísta segue-se também a desconfiança em relação a todas as teorias democráticas fundadas na ‘agregação de vontades’ e na competição entre líderes políticos, pois que não são capazes de apreender a ‘vontade geral’, mas apenas a ‘vontade de todos’”. (Ibid, p. 34).

²⁰⁹ “(...) os democratas deliberativos apresentam uma teoria explicitamente normativa da democracia, cujo cerne é o respeito ao requisito essencial da legitimidade dos processos democráticos, legitimidade que é dependente, por sua vez, do respeito a procedimentos imparciais de deliberação. Por essa razão, Seyla Benhabib argumenta que a idéia básica implícita no modelo de democracia deliberativa ‘é a de que somente podem ser ditas válidas (isto é, vinculantes moralmente) aquelas normas (isto é, regras gerais de ação de arranjos institucionais) que poderiam receber a anuência de todos aqueles afetados por suas consequências, se tal acordo fosse alcançado como o resultado de um processo de deliberação que tenha as seguintes características: 1) a participação na deliberação é regulada por normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, questionar, interrogar e abrir o debate; 2) todos têm o direito de questionar argumentos reflexivos fixados no diálogo; e 3) todos têm o direito de introduzir argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual elas são

Com isso, verifica-se desde já ser impossível estabelecer-se um conceito uniforme sobre o que seja democracia, vez que ela resulta de um modelo atrelado ao seu contexto histórico, às suas relações sociais e de poder, sem que se possa falar em superação de um para outro. Contudo, “se a democracia, no seu despertar, podia ser definida, *stricto sensu*, como o ‘poder do povo’, as democracias que conhecemos hoje são antes regimes nos quais a vontade (ou o consentimento) do povo é a fonte do poder. Em outras palavras, as democracias de antanho eram diretas: as democracias atuais necessitam da mediação de representantes.”²¹⁰

4.2. DA (UTÓPICA) DEMOCRACIA DIRETA E A CONSTRUÇÃO DO MODELO REPRESENTATIVO.

No modelo de democracia chamada direta, cabe ao povo decidir – de forma individual e direta – cada desígnio do Estado através do voto. Sua visualização se dá na *polis* grega nos séculos VII-IV a.C. e encontra-se umbilicalmente ligada ao conceito de liberdade, visto como a possibilidade de participação dos (considerados) cidadãos na vida pública, pois, ser livre representava fazer o uso da palavra para intervir nos temas políticos.

A democracia grega era um governo de muitos, onde a lei era igual para todos os cidadãos independentemente de sua riqueza e a liberdade era respeitada tanto na vida privada quanto na vida pública²¹¹.

aplicadas ou conduzidas. Não há *prima facie* regras que limitem a agenda da conversação, ou a identidade dos participantes, contanto que cada pessoa ou grupo excluído possa mostrar justificadamente que são afetados de modo relevante pela norma proposta em questão”. (Id). Assim, para Seyla Benhabib a democracia deve ser entendida como um “modelo para a organização do exercício público e coletivo segundo o qual as decisões que atingem o bem-estar de uma coletividade podem ser vistas como o resultado de um procedimento de deliberação livre e racional entre indivíduos considerados iguais política e moralmente”. (BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. Org. e Trad. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *In: Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 48)

²¹⁰ GOYARD-FABRE, op. cit. p. 10.

²¹¹ Tais afirmativas se mostram claras a partir da leitura do discurso de Péricles feito em homenagem aos primeiros mortos da guerra do Peloponeso: “Temos uma constituição que não emula as leis dos vizinhos, na medida em que servimos mais de exemplo aos outros do que de imitadores. E como ela é dirigida de modo a que os direitos civis caibam não a poucas pessoas mas à maioria, ela é chamada democracia: diante das leis, naquilo que diz respeito aos interesses privados, a todos cabe um plano de paridade, enquanto que no diz respeito à consideração pública na administração do Estado, cada um é escolhido conforme tenha se destacado num determinado campo, não por ser proveniente de uma dada classe social mas sim por aquilo que vale. E no que diz respeito à pobreza, se alguém é capaz de fazer algo de bom para a cidade, não será impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua posição social. Conduzimo-nos livremente nas relações com a comunidade e em tudo o que nos diz respeito à vida privada de nossos concidadãos, sem nos

O início da construção do regime democrático de Atenas se dá em 594 a.C. com as reformas de Sólon (638-558 a.C.) que colocam fim ao monopólio aristocrático, funda a Eclésia (Assembleia do Povo²¹²), o Conselho dos 400 e a Helieia (tribunal popular). A democracia ateniense em construção se opunha ao regime aristocrático formado pelas famílias responsáveis pela derrocada monárquica e que haviam organizado um sistema oligárquico comandado por arcondes²¹³.

Outro nome importante para a gestação do regime democrático ateniense foi Clístenes, o qual promoveu importantes reformas entre 508 e 507 a.C. com o objetivo de por fim aos conflitos aristocráticos em benefício de uma participação política mais equilibrada de todos os cidadãos.

Clístenes pertencia a aristocracia ateniense (eupátridas) e era originário de uma das famílias mais nobres, os alcmeônidas, tendo exercido a função de arconde em 525 a.C. Quando assumiu o poder em Atenas após ter sido expulso por Iságoras, Clístenes contava com grande apoio popular, concedendo o direito de cidadania a vários grupos excluídos da vida política (camponeses sem terra, artesãos e estrangeiros) e promoveu uma reorganização da estrutura tribal da Ática.

A Ática (território cívico de Atenas) contava com 140 (cento e quarenta) aldeias, as quais eram divididas em 04 (quatro) tribos. Clístenes aumentou o número de tribos para 10 (dez) e dividiu a população civil de cada

ressentirmos com nosso vizinho se ele age como lhe apraz e sem fazermos reprovações que, embora inócuas, lhe causariam desgosto. Ao mesmo tempo em que evitamos ofender os outros em nosso convívio privado, em nossa vida pública estamos impedidos de violar as leis sobretudo por causa de um temor reverente, em obediência aos que estão nos postos de comando e às instituições destinadas a proteger os que sofrem injustiças, e em particular às leis que, embora não escritas, trazem aos transgressores uma desonra por todos reconhecida' [Tucídides, Guerra, II, 37]". (BOBBIO, 1995, p. 140-141.)

²¹² Espaço destinado ao debate público aberto a qualquer cidadão ateniense que tivesse pelo menos 18 (dezoito) anos.

²¹³ Os arcondes, em número de nove, eram altos magistrados que tinham por função governar a cidade. "Inicialmente, cada um ficava dez anos no poder, mas depois esse mandato foi reduzido para um ano. Os eleitos formavam um conselho, chamado arcontado, que administrava a vida pública de Atenas. O arconte epônimo, o mais importante deles, cuidava dos assuntos religiosos; o arconte polemarcho se encarregava das questões militares; e os demais, arcontes *thesmothetas*, eram responsáveis pela elaboração e execução das leis. Quando deixavam o cargo, os ex-arcontes tornavam-se membros do Areópago, conselho que controlava os magistrados em atividade, preparava os votos da assembleia e administrava a alta justiça criminal". (LOGEAY, Anne. Os guardiões da igualdade. **História Viva**. São Paulo. ano VIII, n. 95, 2011, p. 38).

aldeia em 30 (trinta) grupos, de forma que cada terça parte representasse um segmento da população. Ele substituiu o antigo regime de fratria (que tinha forte conteúdo aristocrático e religioso) por um demótico derivado de sua circunscrição de origem. Cada aldeia tinha autonomia relativa para escolher seus próprios magistrados, realizar suas próprias assembleias, festejos e cultuar suas divindades locais, porém, representavam a base para a composição das unidades militares na defesa de Atenas.

Assim, a “reestruturação promovida por Clístenes permitiu integrar um maior número de cidadãos à vida pública, inserindo-os em circunscrições inteiramente novas que rompiam com os quadros geográficos tradicionais, e, assim, acabavam com as relações de clientelismo que mantinham a população local submetida ao poder das antigas famílias dirigentes”²¹⁴. Conforme pontua Anne Logeay, Professora de línguas e literaturas antigas da Universidade de Rouen, França, “(...) a tribo, e não mais a classe, se tornou a chave para a repartição da maior parte das funções e cargos públicos”²¹⁵.

A reforma ainda contemplou a criação do Conselho dos 500, também conhecida como Bulé²¹⁶, onde representantes eleitos de cada uma das tribos eram chamados para governar a cidade durante um ano. “Essa mudança foi decisiva, pois a nova instituição tinha mais poder do que o antigo Conselho dos 400, cuja criação é atribuída a Sólon e que tinha apenas caráter consultivo”²¹⁷.

Por fim, segundo ressalta Anne Schnapp-Gourbeillon, Professora do Departamento de História da Universidade de Paris VIII – Vincennes-Saint-Denis, a reforma foi coroada pela criação de novo calendário, onde cada ano contava com apenas dez meses – correspondente a cada uma das dez tribos – de trinta e seis

²¹⁴ SCHNAPP-GOURBEILLON, Annie. A construção do novo regime. **História Viva**. São Paulo. ano VIII, n. 95, 2011, p. 32.

²¹⁵ LOGEAY, op. cit., p. 38.

²¹⁶ “A principal função da Bulé era preparar os decretos que seriam submetidos a votação da Eclésia, a Assembleia do Povo. Por meio de comissões especializadas, ou por via direta, o Conselho dos 500 controlava toda a administração da cidade. Dele saíam os agentes encarregados de organizar as reuniões da Eclésia e distribuir a ajuda de custo aos participantes das sessões; gerenciar a construção de navios de guerra; verificar as contas dos magistrados; promover sacrifícios religiosos; cuidar da organização militar da cidade; administrar as finanças e supervisionar as obras públicas. Como a Eclésia, a Bulé ainda podia desempenhar o papel de alta corte de justiça”. (Ibid, p. 42).

²¹⁷ SCHNAPP-GOURBEILLON, op. cit., p. 32.

dias cada um. “Ao longo de cada ano, cada tribo governava a cidade de Atenas por um mês, de acordo com uma ordem definida por sorteio”²¹⁸.

Contudo, a edificação da chamada “idade de ouro” da democracia ateniense apenas se operou com Péricles (494-429 a.C.), o qual permaneceu por mais de trinta anos à frente de Atenas. Em 458 a.C., já no poder, democratizou ainda mais a participação popular na vida política da Cidade ao possibilitar o acesso dos mais pobres ao cargo de arconte, os quais até então eram escolhidos entre cidadãos das classes mais ricas, que podiam servir na cavalaria ou infantaria, ou seja, que tinham capacidade econômica para comprar armaduras e equipamentos²¹⁹. Para tornar efetiva a participação dos menos abastados, em 450 a.C. criou uma forma de pagamento para indenizar os cidadãos que não tivessem condições de exercer uma magistratura ou ocupar um lugar na Eclésia²²⁰ e instituiu o sorteio como forma de escolha de certos cargos e magistraturas tornando efetiva a prática da democracia direta.

Contudo, a despeito de todo alargamento da participação popular em Atenas, é certo que nos dias de hoje apenas encontramos resquícios da democracia direta nos Cantões Suíços (Glaris, Unterwalden e Appenzell) e ainda sob questionável eficiência, pois, segundo ilustra Barthélemy et Deuz – citado por Almino Affonso -, no Cantão de Uri, em 1911, várias sessões foram dedicadas à discussão sobre a proibição ou permissão de danças aos domingos, enquanto numa única sessão restou aprovado um Código Civil completo. Dessa forma, segundo Burdeau, a democracia direta é hoje mera curiosidade histórica.”²²¹⁻²²²

²¹⁸ Ibid, p. 33.

²¹⁹ Conforme anota Anne Bernet, os “demais serviam na marinha, entre os remadores, mas foram justamente eles que, em Salamina, deram a vitória a Atenas. Se essa frota garantia a segurança e o império marítimo da cidade, parecia justo a Péricles que esses servidores gozassem dos mesmos direitos que os outros cidadãos”. (BERNET, Anne. Péricles e os riscos do poder. **História Viva**. São Paulo. ano VIII, n. 95, 2011, p. 50).

²²⁰ “Na democracia ateniense fundada por Clístenes o cidadão ativo não era pago ou indenizado pelo tempo dedicado aos assuntos públicos. Ser cidadão era um direito, uma honra, um dever – e isso tinha um preço. Essa era a concepção de democracia dos mais abastados, decididos a afastar os pobres da política por possíveis conflitos de interesses e pela suposta ignorância das camadas mais baixas da sociedade – uma perspectiva até hoje presente no senso comum. Em 450 a.C., Péricles acabou com essa exclusão ao oferecer salário a todos os eleitos para cargos oficiais, incluindo os 6 mil jurados que atuavam nos diferentes tribunais por mais de 300 dias por ano. A medida foi estendida aos membros do Conselho dos 500, aos arcontes, magistrados, soldados e outros funcionários do exército. Cerca de 20 mil atenienses recebiam um salário que permitia a dedicação aos assuntos públicos”. (Ibid, p. 52).

²²¹ AFFONSO, Almiro. Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, nº 132, out-dez, 1996, p. 11.

No mesmo sentido encontramos a pena de Macedo que destaca as dificuldades práticas de se obter a manifestação de vontade de todos os cidadãos que residem em países populosos, fato que tornaria a democracia direta onerosa, lenta e cara, para não dizer, utópica. Outrossim, constata-se que o povo *lato sensu* nem sempre estaria preparado a tomar decisões técnicas e que poderia ser facilmente influenciado em tempos de crise.²²³

Quando Rousseau se debruçou em estudar as formas de governo, em especial, a democracia em seu viés de plena coincidência entre as funções legislativas e executivas, o autor chegou a afirmar que se trataria de pura utopia, de um “povo de deuses” que sequer precisaria de um governo e que tenderia a se autodestruir. Para ele, esse governo imaginário (e utópico) apenas seria viável em um estado muito pequeno, onde todos se conhecessem e que existisse certa homogeneidade social. *In verbis*:

“Pode-se decerto *imaginar* um Estado que reunisse todos os parâmetros teoricamente necessários para uma democracia viável – um Estado muito pequeno em que todos os cidadãos possam se conhecer; uma grande simplicidade de costumes a fim de que não surjam discussões espinhosas; muita igualdade de classes e de riquezas, pouco ou nenhum luxo, a onipresença de uma virtude impecável, muita vigilância e coragem para evitar as agitações intestinais e as mudanças de forma... Só que essa democracia imaginária transgrediria a natureza das coisas e se projetaria sobre o horizonte da utopia. Do ponto de vista da *lógica*, que exige ‘tomar o termo [de democracia] no rigor de sua acepção’, entende-se que um povo no qual as prerrogativas legisladoras e executoras coincidissem perfeitamente seria sempre bem governado; seria até tão bem governado que uma conclusão incisiva se impõe: tal povo não precisaria de governo. Conclui-se daí que um governo democrático perfeito tende a se autodestruir. É essa a razão pela qual ‘nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá’. O governo democrático só escaparia da desnaturação e da

²²² Por outro lado, Bobbio destaca que a consolidação da chamada democracia representativa não representou o fim da ideia de democracia direta. “Ao contrário, o ideal da democracia direta como a única verdadeira democracia jamais desapareceu, tendo sido mantido em vida por grupos políticos radicais, que sempre tenderam a considerar a democracia representativa não como uma inevitável adaptação do princípio da soberania popular às necessidades dos grandes Estados, mas como um condenável ou errôneo desvio da ideia originária do governo do povo, pelo povo e através do povo”. (BOBBIO, op. cit., p. 154). Para tanto, cita o exemplo da Comuna de Paris que, para Marx ostentava traços da democracia direta.

²²³ “A democracia direta não se enquadra para um grande população, principalmente considerando que toda sociedade necessita de versatilidade, de tomada de decisões rápidas, urgentes e emergentes, sob pena de sacrifícios e de prejuízos irreversíveis. (...). Ainda, milita em desfavor da democracia direta o fato de que o público em geral não possui condições técnicas nem conhecimento para julgar ações do governo. A maioria da população tem apenas conhecimento superficial dos acontecimentos políticos e científicos. Sabe-se que, muitas vezes, há necessidade de tomada de decisões críticas, como questões de segurança, estratégias, questões científicas e tecnológicas, acerca das quais nem sempre o povo está apto a decidir. Diante do desconhecimento de assuntos técnicos, o povo se tornaria extremamente frágil, com possibilidade de decisões esdrúxulas, podendo também ficar a mercê de ser influenciado por um argumento carismático, vindo a ser presa fácil das demagogias” (MACEDO, Paulo Sergio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, abr-jun, 2008, p. 183).

autodissolução da política se desaparecessem por completo todos os antagonismos entre os interesses privados e o interesse público. Ora, essa situação ideal, que poderia ser a de um ‘povo de deuses’, é, no mundo dos homens, uma hipótese irrealizável. ‘Governo tão perfeito não convém aos homens’²²⁴.

Por sua vez, na **democracia indireta** (ou **representativa**), é função do povo escolher seus representantes aos quais se incube a tarefa de dirigir a vontade do Estado. Segundo Montesquieu, “o povo deve fazer por si mesmo tudo o que puder fazer bem’ e ‘o que não puder fazer bem, tem de fazê-lo por meio de seus ministros’²²⁵. Seriam os representantes escolhidos as pessoas mais aptas a tomar as decisões em nome do povo.

Sua origem remonta aos ideais liberais, por isso, também é conhecida como democracia liberal e tinha como postulado inaugural a limitação do poder do absolutismo monárquico.

No final do século XVII, o absolutismo vivido na Europa se encontrava envolto a crises de diversas ordens (política, econômica, religiosas e intelectuais) e, a despeito da existência de uma enorme doutrina que fomentava a base de sustentação de seu poder (Cardin le Bret, Richelieu, Grotius, etc) e que continuava pregando a certeza metafísica da unidade absoluta da monarquia, o regime não havia se preocupado em preparar um “futuro” e seu presente era uma confluência de guerras e pressões de um mercantilismo em ebulição que exigia uma maior participação e liberdade individual. Assim, sob um pano de fundo antropológico²²⁶ e amparado na ideia de um povo soberano que intentava alçar sua liberdade, fomentavam-se os ideais da representação, do contratualismo e da legalidade.²²⁷

²²⁴ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 167-168.

²²⁵ Ibid, p. 255.

²²⁶ A revolução antropológica introduzida pelo paradigma jusnaturalista coloca em contraposição a manutenção da ordem e a centralidade do sujeito. Conforme anota Pietro Costa: “(...) é a doutrina do direito natural que, entre os séculos XVII e XVIII, através da fictio do ‘estado de natureza’, fragmenta a relação obrigatória entre o indivíduo e os corpos, entre o indivíduo e as hierarquias, tematiza o sujeito como tal, considera-o titular de direitos fundamentais e faz a fundação da ordem política depender da decisão contratual de sujeitos por natureza livres e iguais.” (COSTA, op. cit., p. 214).

²²⁷ “(...) Sobre o pano de fundo antropológico em que se formara a idéia de um povo soberano disposto a conquistar e defender sua liberdade, iam-se definindo pouco a pouco os eixos institucionais que o ideal democrático exige: **os procedimentos da representação; as estruturas contratualistas de um poder que não pode nem existir nem se exprimir sem o consentimento do povo; a arquitetura de uma Constituição que, ao organizar os poderes do Estado, garante o respeito da legalidade.**” (GOYARD-FABRE, op. cit., p. 129 - sem grifo no original).

A emergente burguesia detentora do poder econômico ansiava por adquirir igualmente o poder político, o qual apenas seria possível “pela afirmação da igualdade essencial e originária de todos os homens, o que desqualificava o *status* como forma de legitimação política”²²⁸.

Nessa época merece destaque a obra do filósofo inglês **Thomas Hobbes** (1588-1679), o qual passa a desenvolver uma discussão sobre as relações entre indivíduos e o Estado, buscando entender suas causas e consequências. Para Hobbes, o funcionamento da sociedade pressupõe a cessão e transferência de poderes, numa espécie de contrato social que evitaria a “guerra de todos contra todos”.

Conforme adverte Marcondes, Hobbes não é um defensor da monarquia absolutista, mas sim da ideia de que a transferência de poder dos indivíduos ao seu representante deve ser feita de maneira absoluta e que é em nome desse contrato que o poder deve ser exercido, “e não para a realização da vontade pessoal do soberano”.²²⁹

De acordo com o pensamento hobbesiano, verifica-se uma confusão entre o Estado e o soberano, o qual representaria a própria personificação do Estado e exerceria um poder inquestionável, indivisível e absoluto. “É o Estado-Leviatã, absolutista, criado pelo homem, que se coloca acima dele como um *deus mortal*, personificado na pessoa do soberano, detentor da soberania, credor dos

²²⁸ Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 89.

²²⁹ Sua concepção sobre a origem e a legitimidade do Estado pode ser assim ilustrada: “A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los [os indivíduos] das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possam reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representantes de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo, assim, suas vontades à vontade do representante, e suas decisões à sua decisão. Isso é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *cedo e transiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado*, em latim, *civitas*. (Leviatã, parte II, cap. XVII)”. MARCONDES, Danilo. **Iniciação à histórica da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein, 13 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2010, p. 204.

súditos de obediência irrestrita”²³⁰. Diante do pacto social e do sacrifício da liberdade, caberia ao Estado o dever de garantir a ordem, a paz e proteção aos súditos.

Com Hobbes, a representação passa a ser vista como parâmetro e axioma da própria democracia, ganhando posteriormente em Sieyès (1789) a feição de um mandato representativo²³¹, momento em que os representantes se subordinam não mais à vontade de seus eleitores particulares, mas ao desejo da nação como soma das vontades individuais²³².

“O estatismo hobbesiano, assim baseado numa representação que se abebera e ganha sentido na unidade do corpo do povo – pode-se dizer, num mandato representativo – enraíza-se portanto numa democracia originária”²³³ e acaba por fomentar um ideal igualitário e de soberania no próprio homem (indivíduo) como sujeito titular do poder político. Com isso, o poder representativo ganha força, vinculando o legitimado à vontade de seu representante-instituinte, firmando a ideia de uma inicial democracia representativa. O assentimento do povo-nação garantia, na visão hobbesiana, a legitimidade e identidade jurídica dos governantes. Assim, Hobbes “(...) compreendera o papel que viria a desempenhar a eleição na política futura dos Estados – parâmetros indispensáveis para a lógica da democracia”²³⁴.

²³⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 52.

²³¹ Conforme adverte GOYARD-FABRE, a representação era então vista de uma forma dualista, ou seja, através da forma do “mandato imperativo” e do “mandato representativo”. “(...) Através desse mandato, chamado ‘mandato imperativo’, a vida política – o que era o caso na época medieval – era pensada como o prolongamento da vida doméstica; o ‘mandato imperativo’ impõe ao representante respeitar a promessa feita àquele ou àqueles de quem é o porta-voz e a quem deve prestar contas”. Já com sua formatação representativa, “(...) esse novo modelo de mandato, sinal da maturação da noção de democracia como ideal sociopolítico, a representação da noção de democracia como ideal sociopolítico, a representação deixará de ser no Estado um mandato individual, confiado por cada eleitor a um ou a vários eleitos. **Tratar-se-á de um mandato coletivo outorgado pelo corpo do povo ao conjunto dos eleitos que o representarão. Nessas condições, a democracia representativa implicará a subordinação dos representantes-governantes à ‘vontade geral’ do povo em corpo, como se cada um deles representasse não seus eleitores em particular, mas a ‘nação inteira’**”. (Op. cit. p. 128-129 – sem grifo no original).

²³² Para Sieyès, conforme anota Simone Goyard-Fabre (2003, p. 183), a nação está acima de tudo, ela é a origem de tudo, é a própria lei. Antes dela e acima dela, há apenas o direito natural. “(...) Como a Nação, é a ‘reunião dos indivíduos’ e Sieyès, diferentemente de Rousseau, vê na vontade nacional a soma das vontades individuais, é pelo esforço de cada um, portanto de todos, que ela pode subsistir e prosperar. Por conseguinte, o povo tem de se manifestar não só como ‘um todo livre’, mas como um conjunto ‘florescente’, pois tal é o único meio de construir e de respeitar o interesse geral do corpo comum que é o Estado”.

²³³ Ibid, p. 130.

²³⁴ Ibid, p. 132.

A construção do modelo da democracia representativa também encontra eco em **Locke** (1632-1704)²³⁵, o qual, trilhando o caminho de Hobbes, forja a ideia de **anuência livre ao poder** (*consent*) como ato condição para a fuga do estado de natureza, somada a ideia de **confiança** (*trust*) depositada pelo povo nas decisões do Estado. “A ‘confiança no poder’ implica portanto que o governo é responsável perante o povo e está submetido ao controle do povo. Com sua anuência ao poder (*consent*) e com sua confiança no poder (*trust*), o povo encontra-se investido de uma função constituinte”²³⁶.

Segundo Locke, o povo é detentor de um poder originário de onde se autoriza – teoria da autorização - o estado a fazer e executar as leis em seu nome mediante uma representação que tem como corolário a regra da maioria (*majority rule*)²³⁷⁻²³⁸. O pensador desenvolve uma concepção dualista da ordem, vez que de um lado os indivíduos podem agir de acordo com sua vontade e no exercício de seus direitos fundamentais; e, de outro, cabe ao soberano – portador de um

²³⁵ A obra “*Segundo tratado sobre o governo*”, de John Locke, é interpretada pelos teóricos da teoria política como o marco inicial do liberalismo. O modelo liberal do Estado defendido por Locke tinha por princípio a defesa da propriedade da liberdade individual, estimulando inclusive a ideia da existência de um devido processo legal.

²³⁶ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 133.

²³⁷ “No Segundo tratado (cap. VIII, seq. 97), diz Locke a propósito da constituição e legitimação do Estado, na mesma linha de Hobbes: **‘E, assim, cada indivíduo, ao consentir com os outros em formar um corpo político com um governo, coloca-se a si próprio sob a obrigação em relação a todos os demais membros dessa sociedade de se submeter à determinação da maioria e de aceitar suas decisões. Caso contrário, esse pacto original, pelo qual ele e os outros formam uma sociedade, não significaria nada, e não seria um pacto se ele permanecesse tão livre e tão sem obrigações quanto quando se encontrava no estado de natureza’**. É significativo que nesse período na Inglaterra tenha sido aprovada pelo Parlamento a lei do habeas corpus (1679), que restringe o poder de prisão, refletindo a discussão de ideias liberais e na natureza do governo após a Guerra Civil e a Commonwealth de Cromwell (1649-60), processo que culmina na Revolução Gloriosa (1688) e no estabelecimento do sistema parlamentar”. (MARCONDES, Danilo. **Iniciação à histórica da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein, 13 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2010, p. 205 – sem grifo no original).

²³⁸ “Como Hobbes, Locke pressente com nitidez, embora sem explicitá-la de fato, a ideia do mandato representativo por oposição ao mandato imperativo. Assim como Hobbes, ele não especifica as técnicas jurídicas da representação: a natureza do sufrágio, universal ou censitário, o mecanismo dos modos de escrutínio, as modalidades de eleição, a contagem dos votos... não lhe interessam. Em contrapartida, **sublinhando que a regra da maioria é o corolário da representação, abre um caminho que virá a ser percorrido pelas teorias da democracia representativa**. (...). Enfim, o pensamento político de Locke contém uma teoria da cidadania que anuncia certos aspectos da filosofia do século XVIII. Pela anuência à vida civil e pela confiança que deposita no poder público, o indivíduo se faz cidadão. ‘Incorporando-se’ livremente ao ‘corpo político’, cada um participa de sua gestão: alcança assim a dignidade política. (...). O liberalismo político, ainda que não se proclame democrático, encontrou seu axioma fundador.” (GOYARD-FABRE, op. cit., p. 135 - sem grifo no original).

mandato fictício – resguardar os direitos dos sujeitos, mas sem interferir em sua esfera de liberdade²³⁹.

A busca pela compatibilidade entre a centralidade do sujeito e a manutenção da ordem também é desenvolvida por Rousseau²⁴⁰, cuja doutrina pode ser visualizada por duas premissas básicas: a do **primado do sujeito** – visto pela relevância do indivíduo e a condição de igualdade entre todos como pertencentes ao corpo soberano - e da **plena coincidência entre o soberano e o povo** – visto como a exaltação da liberdade-participação e crítica da teoria da representação.

Para Rousseau, a democracia restava consubstanciada no autogoverno do povo, na formalização do contrato social para a defesa dos bens e da pessoa de cada um dos “contratantes”. A união de todos não representaria a obediência a uma figura central, mas seria a gênese da liberdade de cada um e a soberania do povo traduzida na plena participação na vida política²⁴¹. Assim, a ideia preconizada por Rousseau da existência de um protagonismo do indivíduo, da igualdade entre os sujeitos e do autogoverno do povo antecipam o debate a respeito da “moderna” teoria democrática.

O século XVIII foi marcado por profundas ebulições econômicas, políticas e sociais, sendo estigmatizado pela ascensão da burguesia e dos ideais iluministas que postulavam a garantia da liberdade e o combate ao autoritarismo estatal²⁴². Buscava-se desvincular o poder econômico do político, reservando ao

²³⁹ Cf. COSTA, op. cit., p. 241.

²⁴⁰ Segundo anota Pietro Costa: “(...) Rousseau, como Hobbes e Locke, se move dentro do paradigma jusnaturalista: o seu ponto de partida é o indivíduo como tal, e é diante de uma massa de sujeitos iguais que lhe ocorre propor o problema da ordem. Se, porém, Locke e Hobbes resolviam o problema mantendo (ainda que com perspectivas opostas) uma distinção qualitativa entre os sujeitos e o soberano, Rousseau identifica o conjunto dos sujeitos com o corpo político. O contrato social dá lugar ao nascimento de um ‘eu comum’, de uma ‘pessoa pública’, que ‘recebia, em uma época, o nome de cidade, e recebe hoje o de república ou de corpo político’. Não há um soberano que do exterior governe os sujeitos: a formação da ordem coincide com a assunção da soberania pelo povo”. (COSTA, op. cit., p. 215).

²⁴¹ Valendo-me mais uma vez da precisão de Pietro Costa: “É o indivíduo o protagonista do discurso ‘rousseauniano’: é o indivíduo que, com o contrato social, almeja fundar ‘uma forma de associação que proteja e defenda com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, mediante a qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça a ninguém além de a si próprio, e permaneça livre como antes’; é o indivíduo o elemento constitutivo do ente soberano: o povo não passa do conjunto dos sujeitos iguais; são os indivíduos que, no momento em que decidem contratualmente dar-se uma ordem política, se constituem como povo, como corpo soberano, e com isso passam a existir como cidadãos.” (COSTA, op. cit., p. 215).

²⁴² O combate ao autoritarismo estatal e a libertação de uma ideologia teocrático-teológica arraigada na sociedade feudal não se deu apenas na seara econômica, vez que se estendeu a todos os campos do conhecimento humano. Conforme anota Passos, “sociedade civil e Estado, poder político e poder econômico, direito, política e economia, o social e o individual, o biológico e o psicológico, tudo é visto não mais como facetas de uma realidade única e essencial,

Estado o exercício exclusivo das funções de polícia garantidora do livre jogo de mercado e da livre manifestação da autonomia privada. “Afirmada a soberania popular, reconhecida a dissociação entre o político e o econômico, consagrada a relevância do indivíduo, estavam postas as bases da democracia liberal representativa”²⁴³.

Surgem as chamadas “liberdades negativas”, ou seja, direitos contra a interferência do poder soberano na autonomia privada, consagrando a ideia de um Estado mínimo garantidor da ordem interna e condutor da política exterior²⁴⁴. A razão e a reflexão filosófica guiavam a forma de pensar e sinalizavam para a primazia da autonomia do indivíduo frente ao Estado (absolutista) e a Igreja, cuja liberdade era garantia através de um conceito de legalidade²⁴⁵, ou seja, um liberalismo fundante da construção teórica do Estado de Direito.²⁴⁶

A idéia rousseauiana de liberdade como autonomia e de obediência de cada um à lei que prescreveu - como integrante daquela sociedade – transfigura-se na bandeira democrática (especialmente) após as revoluções americana e francesa e ganha corpo com a progressiva extensão dos direitos

sim como realidades particulares, reclamando suas próprias leis e princípios, dada a especificidade do objeto e do método de sua investigação”. (GOYARD-FABRE, op, cit., p. 89).

²⁴³ PASSOS, op. cit., p. 90.

²⁴⁴ “A fruição pacífica da independência privada constitui o núcleo da liberdade para o liberalismo. Radica neste ponto a base para a arquitetura da noção de sociedade civil, enquanto instância contraposta ao Estado. Quanto a este, será concebido como expressão da vontade dos indivíduos (contratualismo; precedência do indivíduo sobre o todo) que deve ser organizada a partir de duas variantes básicas: (i) uma primeira: a da limitação do poder e (ii) uma segunda: limitação dos seus fins”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3º. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35).

²⁴⁵ “Os chamados *direitos naturais* concretizaram, em várias categorias, os ideais políticos do Iluminismo, ao serem incorporados nas primeiras Cartas Políticas burguesas: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa. Nesse tempo, a liberdade transfigura-se em *direito individual* do cidadão frente ao Estado. As liberdades de pensamento e de religião passam a ser expressas e, por meio do conceito de *legalidade*, formulam-se os limites de atuação do Estado na esfera individual e na propriedade. Desse modo, a *liberdade individual* e a *liberdade econômica* tornam-se protegidas juridicamente.” (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54).

²⁴⁶ Conforme anota Clève: “O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado de Direito. Um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuidava-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado. De que liberdade se tratava? Por certo que não daquela dos antigos que conduzia à técnica da participação dos cidadãos no processo político (democracia), senão uma nova concepção de liberdade que é a demarcação de importante esfera de autonomia do cidadão (e da sociedade) contraposta àquela do Estado. O ‘objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança das fruições privadas: eles chamam de liberdade as garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições”. (Id).

políticos, ou seja, com a ideia do povo poder participar da escolha de seus representantes e institucionaliza-se com novas teorias, como a do sistema de freios e contrapesos. Como observou Kant, “o homem saiu da menoridade, e como um maior de idade não mais sob tutela, deve decidir livremente sobre a própria vida individual e coletiva”²⁴⁷.

James Madison, no *Federalista* (nº 10), aduz que a democracia dos antigos não se mostra compatível com os estados de grandes extensões territoriais e vasta população e que o modelo representativo constitui a fuga ao modelo autocrático. A premissa da participação direta de todos na vida política é, segundo Benjamin Constant, apenas condizente com a “liberdade dos antigos”, ou seja, uma liberdade estritamente ligada às antigas cidades-estado pois, na civilização mercantil que se avolumava na primeira metade do século XIX, a representação era a única forma de aplacar o choque entre a esfera privada e a pública²⁴⁸. Assim, consagra-se num mundo (novo) dos grandes estados territoriais uma novel maneira do exercício democrático, ou seja, a democracia representativa que, agregando o princípio da soberania do povo (direito ao voto) e o fenômeno da associação (formação dos partidos), identificam um mundo pós-guerra²⁴⁹.

²⁴⁷ BOBBIO, op. cit., p. 145.

²⁴⁸ Conforme anota Pietro Costa, “(...) o andamento do debate político dos séculos XVIII e XIX parece dar mais razão a Constant que a Rousseau: a democracia moderna vem prevalentemente declinada na forma da representação, e coerentemente a luta pela democracia tenderá a se concentrar sobre o tema da titularidade e do exercício do direito de voto.” (COSTA, op. cit., p. 216).

²⁴⁹ “Nada pode revelar este duplo processo melhor do que a comparação entre o Estatuto de Reino da Sardenha promulgado por Carlos Alberto em 4 de março de 1848, depois convertido na primeira carta constitucional do reino da Itália (1861), e a constituição republicana elaborada e aprovada pela Assembléia Constituinte eleita em 2 de junho de 1946 após o fim da segunda guerra mundial, que entrará em vigor, quase exatamente um século depois do Estatuto Albertino, em 1º de janeiro de 1948. Acima de tudo através dos sucessivos alargamentos dos direitos políticos ocorridos em 1882, 1912, 1919 e 1946 (sem contar a extensão do voto aos que completam dezoito anos, ocorrida em 1975), o eleitorado italiano passou de pouco mais de 2 por cento dos habitantes a aproximadamente 60 por cento. Em segundo lugar, com a passagem da monarquia à república também o supremo cargo do Estado tornou-se eletivo e portanto, no sentido técnico da palavra, representativo. Ao invés do senado de nomeação régia, também a segunda câmara passa a ser eleita por sufrágio universal. Com a instituição das regiões administrativas, às quais é atribuído um poder legislativo, foi feita uma tentativa, da qual ainda é muito cedo para avaliar os resultados, de redistribuir o poder político entre o centro e a periferia. Enfim, com o reconhecimento a todos os cidadãos do ‘direito de associar-se livremente em partidos políticos para contribuir, com método democrático, para a determinação da política nacional’ (art. 49), desejou-se dar uma legitimação às organizações que através da agregação de interesses homogêneos facilitam a formação de uma vontade coletiva numa sociedade caracterizada pela pluralidade de grupos e por fortes tensões sociais”. (BOBBIO, op. cit., p. 145).

“O povo soberano, impossibilitado do exercício direto do seu poder, escolhe (elege) representantes seus que, como mandatários, vão exercer, em nome do povo, o poder que a ele povo unicamente pertence”²⁵⁰.

Nessa toada, definem-se os elementos que compõe a macroestrutura da democracia representativa como sendo o quadro de eleições periódicas e livres, estruturação dos partidos políticos, separação dos poderes, regime de governo e o respeito aos direitos e garantias individuais.

4.3. DAS DISTORÇÕES DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Se de um lado existe um pulular de filósofos e doutrinadores que ressaltam as qualidades e virtudes igualitárias da democracia, outros tantos, tais como Nietzsche, a identificam como um prolongamento do mal que teve o seu nascedouro no mundo grego dos séculos V e IV, a.C, desde Eurípedes e Sócrates.²⁵¹ Além de criticar severamente os desvios passionais, partidários e demagógicos da democracia, Nietzsche compara o primado da igualdade a uma mediocridade niveladora que desvaloriza os mais preparados.²⁵²

²⁵⁰ PASSOS, op. cit., p. 90.

²⁵¹ Sobre o uso prescritivo da democracia (forma boa e forma má), merece lembrança a discussão travada entre os persas Otane, Megabizo e Dario, citada por Heródoto (Histórias, III, §§ 80-82), sobre a melhor forma de governo a ser instaurada na Pérsia após a morte de Cambise: “cada um dos três defende uma das três formas clássicas e refuta as outras duas. O defensor da democracia, Otane, após ter criticado o governo monárquico porque o monarca ‘pode fazer o que quer, sem prestar contas a ninguém’, chama o governo do povo com ‘o nome mais belo do que qualquer outro: igualdade de direitos’, e o define como aquele em que ‘o governo está sujeito à prestação de contas e todas as decisões são tomadas em comum’. Tanto ao defensor da aristocracia, Megabizo, quanto ao defensor da monarquia, Dario, é atribuída ao contrário a tarefa de aduzir argumentos para demonstrar que o governo do povo é uma forma má. Para o primeiro, ‘não há nada mais estúpido e mais insolente do que uma multidão inapta e incapaz’, e portanto não é tolerável que ‘para fugir da prepotência de um tirano deva-se cair na insolência de um povo desenfreado’. Para o segundo, ‘quando é o povo que governa é impossível que não nasça a corrupção na esfera pública, a qual não gera inimizades, mas, antes, sólidas amizades entre os perversos’”. (BOBBIO, op. cit., p. 140).

²⁵² “(...) A democratização dos povos modernos é sua massificação no anonimato. A sociedade está portanto doente da sua massa. Nela pululam tarântulas embriagadas com o veneno da igualdade. Os ‘modernos’ têm o espírito da gravidade, ou seja, não têm nenhuma nobreza de espírito, e aliás, nem nobreza nem espírito. Para esses homens sem virilidade, instala-se numa nova escravidão no reino da indiferenciação e do conformismo que, de resto, não passa de ‘uma virtuosa bobagem’. A hierarquia aristocrática das origens foi substituída pela mediocridade niveladora e impessoal cuja baixeza só admite o maior desprezo. ‘O deserto cresce’. Tudo vacila. A terra treme com a universal desvalorização.” (GOYARD-FABRE, op. cit., p. 263-264). Crítica ainda mais ferrenha é encontrada muito antes em Platão (seguido posteriormente por Aristóteles e Políbio), o qual considerava a liberdade e a igualdade da democracia como uma forma degenerada de tirania em decorrência da ausência de freios morais e políticos. Nesse sentido: “(...) As quatro formas degeneradas com respeito à cidade ideal são dispostas na seguinte ordem de sucessiva degradação: timocracia, oligarquia, democracia, tirania. Enquanto a oligarquia é o governo dos ricos,

Os autores clássicos do pensamento político moderno que antecederam a revolução francesa eram, com exceção de Spinoza, favoráveis à monarquia e contrários à democracia, destacando o grande vício que a assolava, a demagogia e a completa liberdade dos singulares. São eles, Bodin, Hobbes²⁵³, Locke, Vico, Montesquieu, Kant e Hegel.

Porém, toda essa argumentação perde força lentamente a partir da formatação do estado liberal do século XIX e acaba sendo solapada com os ideais da democracia representativa fortemente identificada nos Estados Unidos da América, sob os conceitos de soberania do povo (sufrágio universal)²⁵⁴ e o fenômeno da associação, geradora da democracia partidária competitiva.²⁵⁵

Mas a democracia representativa não pode ser vista como um governo asséptico de críticas e desvios, pois, se é certo que quando o povo escolhe os seus representantes ele o faz (presume-se) da melhor maneira possível, imbuído

a democracia é o governo não do povo mas dos pobres contra os ricos. O princípio da democracia é a liberdade, mas é uma liberdade que se converte imediatamente em licenciosidade pela ausência de frios morais e políticos que é típica do homem democrático, pela irrupção do desejo imoderado de satisfazer as carências supérfluas além das carências necessárias, pela ausência de respeito às leis e pela condescendência geral para com a subversão de toda autoridade, donde o pai teme o filho e 'o mestre, por exemplo, teme e adula os discípulos e os discípulos riem-se dos mestres e dos pedagogos' [563a].”(BOBBIO, op. cit., p. 140-141).

²⁵³ Do décimo capítulo do *De cive* de Hobbes, intitulado *Specierum trium civitatis quoad incommoda singularum comparatio* pode ser extraído o segundo excerto: “(...) os argumentos contra a democracia podem ser compreendidos em dois grupos, os que dizem respeito ao sujeito governante (a assembléia popular confrontada com o poder único do rei) e os que dizem respeito ao modo de governar. Os defeitos das assembleias populares são a incompetência, o domínio da eloquência (e portanto da demagogia), a formação de partidos que obstaculizam a formação de uma vontade coletiva e favorecem a rápida modificação das leis, a ausência de segredo. Os inconvenientes do poder quando exercido pelo povo consistem numa maior corrupção – pois numa democracia os cidadãos famélicos, que devem ser satisfeitos pelos dirigentes do povo, são em maior número – e numa menor segurança, causada pela proteção que os demagogos são forçados a conceder a seus sustentadores, maior corrupção e menor segurança estas que não são compensadas por uma maior liberdade.” (Ibid., p. 143-144).

²⁵⁴ “Marx Weber parece ter sido aquele que formulou de maneira mais contundente a ideia de que a introdução do sufrágio universal não representava um perigo revolucionário – como temia a burocracia alemã do seu tempo – mas, ao contrário, tendia a produzir uma estabilização e uma institucionalização da luta política adequada para sociedades modernas. Segundo Claus Offe, Weber não estava sozinho nessa avaliação, mas tinha a seu lado teóricos de orientações políticas radicalmente distintas da sua, como Rosa Luxemburg e Robert Michels”.(NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação**. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004, p. 23).

²⁵⁵ “O ponto fundamental aqui parece estar em que a conjunção de sufrágio universal e política partidária competitiva alterou substancialmente a política, entendida até então como política de classe, de modo que a nova forma de organização da luta política significou igualmente uma mudança radical no conteúdo mesmo da política e, portanto, da compreensão da lógica de conquista de direitos anteriormente indicada. E, não menos importante para o tema em pauta, alterou radicalmente a própria compreensão da democracia, que passa a ser entendida a partir de então como democracia partidária competitiva.” (NOBRE, op. cit., p. 24.)

de uma tal “virtude montesquiana”, não é menos certo que o mesmo povo é igualmente contaminado por paixões, por arroubos passionais, que condenam o seu agir a escolhas contraditórias. “O jogo das paixões provoca uma inversão de valores que equivale a uma recaída no estado de natureza: a política corre perigo de morte”²⁵⁶.

E o “jogo das paixões” está devidamente caracterizado pela democracia partidária (representativa), temperada pela imersão ideológica da opinião pública, da propaganda, as quais expõem o pluralismo a deixar de ser a engrenagem governamental e desmascararam a inexistência de neutralidade e a distorção conflituosa do embate democrático. Os instrumentos de controle da legitimidade democrática não mais sintonizam a realidade (plural) social e (podem) se tornam a mola destruidora do próprio sistema representativo.²⁵⁷

A questão da legitimidade (ou legalização) do Poder é hoje colocada em cheque nas chamadas “democracias modernas”. Segundo Habermas, os “indivíduos e os grupos não reconhecem mais suas aspirações e suas motivações nas instâncias que criaram e na legislação que, pensavam eles, deveria ser a

²⁵⁶ Segundo anota GOYARD-FABRE (2003, p. 257-258): “(...). A exaltação das paixões transforma o individualismo em egoísmo. Ela entrega a existência política aos interesses privados e, assim, desvirtuada, a democracia cai numa ‘anarquia selvagem’. Essa desordem, por um lado, achincalha as leis fundamentais da ordem pública ou política; por outro, faz o povo pender para a intolerância. As paixões exacerbam-se a si mesmas e, contrariando toda lógica, enervam-se num fenômeno contestatório generalizado. Fecham-se numa incomunicabilidade absoluta cujos delírios não tardem a destilar um verdadeiro terrorismo intelectual”.

²⁵⁷ “(...). A competição entre os partidos, atizada pela propaganda e, caso necessário, pela manipulação, se exaspera e, sem se deixar reduzir a determinações econômicas ou morais, transforma-se numa luta intestina que nada mais é senão uma relação de forças. A democracia fica então bem longe, apesar do critério jurídico da igual liberdade de todos de que ela se vale, de caracterizar uma sociedade política homogênea. Ele comporta antagonismos que, sob a bandeira de ideologias, são motivos para divisões e rivalidades, o que não deixa de perturbar, para além do jogo político, a vida social. Haverá quem diga que o mérito da democracia é precisamente deixar a ‘oposição’ se exprimir (pelo menos legalmente) e, portanto, ser pluralista. É verdade. Mas isso também significa que a democracia, longe de corresponder a uma política de união ou de concórdia, é um espaço permanente de discórdia e de polêmica. A partir daí, a democracia fica exposta ao risco de ver os partidos não corresponderem apenas ao pluralismo das engrenagens governamentais (como pensavam Hume e Montesquieu, em seu tempo, no contexto de sua teoria constitucional). (...) Em outras palavras, não é só quando se instala um partido monopolista, mas também quando o jogo dos partidos degenera em um confronto de facções que desumanizam os homens transformando-os em instrumentos, que a sombra do mal e da morte paira sobre a democracia. Sem dúvida haverá quem objete, aparentemente com certa razão, que esta é uma situação-limite raramente atingida. Mas sempre se pode considerar que a idéia mais profunda da política tem sua origem e ganha sentido em situações-limite. Convém então destacar que a existência, real ou potencial, de facções significa que a democracia não é, e não pode ser, neutra: ela está sempre lidando com adversários que, dentro dela, provocam sua distorção conflituosa. Esse risco endêmico significa que não existe ‘modelo’ da liberdade.” (GOYARD-FABRE, op. cit., p. 259-260).

expressão de sua vontade.”²⁵⁸ Ou seja: **“o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa”** (grifo meu)²⁵⁹.

Trata-se de um sintoma facilmente detectável nas sociedades modernas e identificado como uma forma de “desintegração axiológica” ou perda da herança moral.”²⁶⁰ A crise de legitimidade que assola a democracia representativa se mostra aparente quando os representantes, após eleitos, deixam de manter vínculos com seus eleitores e com os compromissos eleitorais, especialmente por não fazerem parte da parcela social que os elegeu²⁶¹. Seus objetivos passam ao largo dos interesses gerais da nação e se alinham aos dos detentores do poder, às engrenagens do sistema que possam perenizá-lo no exercício do mandato.

A liberdade do mandatário, sem qualquer vinculação com o cidadão, e o poder adquirido por outros órgãos e por grupos de pressão (grandes corporações econômicas, industriais e de trabalhadores) que se valem do estado como instrumento de consecução dos seus interesses, tudo isso ao alvedrio da legitimidade popular, corroem a democracia representativa e expõem sua crise de legitimidade.²⁶²

O cidadão, carente de qualquer influência nas decisões governamentais passa a ser visto como mero eleitor (para não dizer, “massa de manobra”), como obstáculo a ser (facilmente) vencido para a perpetuação das elites

²⁵⁸ Ibid., p. 283.

²⁵⁹ “Admitindo-se que a força de uma legitimação depende da capacidade de fundação e de justificação que ela contém, ou seja, do tipo de razões que ela é capaz de produzir, constata-se que hoje se abre uma brecha entre o crédito que o Poder reclama e as justificações que dá das exigências impostas por ele aos cidadãos. Essa fala, que Paul Ricoeur chama de ‘brecha de legitimação’, significa que o Poder que se diz democrático está habilitado por uma crise fundamental, que nada mais é que uma crise de identidade: o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa”. (GOYARD-FABRE, op. cit., p. 282).

²⁶⁰ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 284.

²⁶¹ MACEDO, Paulo Sergio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, abr-jun, 2008, p. 184. Rousseau tecia ferrenhas críticas à democracia representativa vivida na Inglaterra, chegando a afirmar que: **“O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não o é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é”**. (Rousseau. O Contrato Social. Trad. por Antonio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1978, L. III. XV, p. 132 – sem grifo no original).

²⁶² Cf. AMARAL, Roberto. Apontamentos para reforma política. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 38, nº 151, jun-set. 2001, p.34.

no poder, num “notório imobilismo político.”²⁶³ Com isso, a democracia acaba por se tornar algo meramente institucional, delegativo e elitizado²⁶⁴.

Não é por outra razão a advertência feita por Bobbio ao destacar que, nas atuais democracias representativas, os indivíduos tornaram-se irrelevantes (esquecidos) quando comparados com as grandes organizações, associações e sindicatos (corpos intermediários). Não seria necessário frisar que nesse panorama, a “dispersão do poder pelas incontáveis e polimórficas *estruturas parciais* da sociedade, faz-se segundo os interesses igualmente parciais de cada uma delas, em detrimento do ‘interesse geral’, pressuposto pela teoria democrática”²⁶⁵.

Após fazer a diferenciação entre poder constituinte (povo soberano) e poder constituído (representantes), Sieyès destacava que a única forma de se evitar a corrupção da vontade nacional seria através da **contínua e pública fiscalização dos representantes pelos representados**, a fim de que eles efetivamente cumprissem ao seu “mandato de fazer”, pois, “se o poder ‘vem de cima’, como deve ser, ‘a confiança vem de baixo’”²⁶⁶.

Tal fiscalização deveria ser feita pela opinião pública com a ajuda dos meios de comunicação. Contudo, os órgãos de imprensa, que deveriam operacionalizar o papel de intermediação social, por vezes atuam nos interesses dos grupos que os controlam e constroem um discurso partidarizado e unilateral.²⁶⁷

O poder dos meios de comunicação para a construção da opinião “publicada” e sua utilização como forma de legitimação de um pseudo-regime representativo é igualmente criticado por Bonavides quando destaca:

²⁶³ SILVA, Ovidio A. Baptista, op. cit. p. 107.

²⁶⁴ “Esse ciclo vicioso tende a possibilitar o casamento do poder econômico com o poder político, gerando o aumento incontável nos índices de concentração do poder e de acumulação de riquezas, o aumento da miséria e da fome, reduzindo, em consequência, o campo de autonomia dos diversos centros de poder econômico, político e ideológico na sociedade, que no limite conduziria a um nível de hegemonia capaz de neutralizar até a última trincheira do pluralismo, onde moral, os sonhos, as ideias, os pensamentos, as diferentes visões do mundo: o domínio do espírito humano!” (VIVEIROS, op. cit., p. 62).

²⁶⁵ Ibid., p. 105.

²⁶⁶ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 185.

²⁶⁷ “É esse o novo papel dos meios de comunicação de massas, politizados e partidarizados, construtores do discurso único, do discurso unilateral, do discurso monocórdio do sistema. Esses meios de há muito abandonaram o clássico papel de intermediação social. São hoje atores, a serviço dos interesses dos grupos que os controlam. Não reportam: interferem no fato e passam a ser o fato; não narram, invadem o andamento do evento em narração; não informam, constroem a opinião; não noticiam, valoram. O fato, a realidade, o acontecimento, o evento não é o fato que logrou ser narrado e, principalmente, como foi narrado. Mais do que nunca, a realidade não é o fato objetivo, mas a versão que lhe emprestam os meios de comunicação de massa. Ou seja, e finalmente: real não é o fato, mas notícia do fato; real não é o que ocorre, mas o que é noticiado.” (AMARAL, op. cit., p.34)

“A *mídia* escravizada ao capital deforma, entorpece e anula a livre vontade, o livre raciocínio, a livre consciência do ser político, rebaixado a cidadão nominal, a cidadão súdito, a cidadão vassalo – que enorme contradição isso representa! E assim as ditaduras constitucionais sobem ao poder e nele se conservam ostentando a imagem da pseudo-democracia e do pseudo-regime representativo”²⁶⁸.

Amaral assevera que o fracasso da democracia representativa também pode ser visualizado quando observamos a falência da separação dos três poderes e a emergência das ditaduras dos Executivos, os quais ampliam desmesuradamente as suas funções, exercendo uma espécie de “administrativização do direito.”²⁶⁹

Inserido nesse contexto e, de forma conclusiva, Amaral desfila as principais críticas à democracia representativa como sendo:

“1. Burocracia crescente do aparelho estatal e aumento do poder político-decisório da burocracia, intervindo, inclusive, no processo legiferante; essa burocratização alimenta a predominância do tecnicismo no processo decisório político, afastando a influência da soberania popular; 2. tendência à massificação da sociedade civil, associada à apatia política (via despolitização da política) e à manipulação do consenso, de que, por seu turno, decorrem ora a não-participação, ora a participação distorcida; 3. baixos níveis de prestação de contas pelo governo, donde ausência de controle social sobre o aparelho político e ausência de responsabilização; 4. tendência ao bipartidarismo e à concentração política, donde restrições ao pluripartidarismo e ao pluralismo ideológico (um e outro fundamentos de qualquer democracia), daí a concentração do poder pelas direções partidárias, atuando de forma soberana sobre todo o conjunto do Estado (e da vida institucional) e da sociedade; 5. baixos níveis de influência popular no processo de tomada de decisões; 6. ausência de margem de mudança social e política por meios parlamentares, donde o esforço do conservadorismo; 7. Redução da participação da cidadania nas eleições (transformadas em um processo simples de escolha entre pequeno número de alternativas similares), que cada vez menos influem ou determinam mudanças; as eleições, ademais de não serem veículos de mudança, são cada vez mais espaçadas, e assim mais funcionam como reforço e legitimação do poder; 8. controle da agenda política pelas direções dos grandes partidos (que controlam o Executivo e o Parlamento) e dos meios de comunicação de massa; 9. Tendência à concentração do poder, ao unitarismo e, por conseqüência, ao enfraquecimento da federação; 10. crescente caráter plebiscitário e legitimador do poder governamental estabelecido; 11. substituição da vontade dos representados pela vontade dos representantes; 12. facilidade para a ação dos *lobbies* e representação direta dos grupos de interesse; 13. crescente poder legiferante do Executivo; 14. autonomização

²⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade, 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 12.

²⁶⁹ Dissertando sobre a hegemonia do Executivo frente aos demais poderes, Kazuo Watanabe anotou que: “Assim, o direito é utilizado como instrumento de governo e com ética apenas da eficiência técnica, (...) e com isso o Executivo, além de cometer a invasão da esfera política de outro Poder, que é o Legislativo, vem introduzindo uma prática antidemocrática de todo incompatível com o apregoado ideário da ‘Nova República’. Isso, sem falar nas ilegalidades e até inconstitucionalidades que são perpetradas por essas atividades legiferantes, que ignoram até mesmo o tão decantado princípio da hierarquia das leis”. (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 131).

política da burocracia em face das mudanças políticas de sorte que a mudança política pode não significar mudança administrativa; 15. as eleições se convertem em mero mecanismo administrativo, perdendo sua função de exercício da soberania e como forma de governo popular; 16. representação mediatizada pelo poder econômico, pelo abuso do poder político e pela manipulação dos meios de comunicação de massa²⁷⁰.

Assim, da falência da democracia representativa urge (necessária) uma nova forma de participação popular na vontade do Estado que, se por um lado não é direta, por outro, garante uma fuga do estágio de quase letargia instaurado pela democracia representativa e propicia uma ampliação dos espaços de atuação da sociedade nas decisões a serem tomadas pelo Estado²⁷¹.

O princípio participativo, consistente na intervenção na hora da decisão e no controle sobre o exercício do poder é o caminho que se busca a fim de legitimar-se a própria atuação estatal, resgatando-se a ideia de solidariedade social e integração da pessoa humana na comunidade na qual é inserida²⁷².

Esse novo modelo de democracia resgata o princípio de que o poder verdadeiramente emana do povo, o qual deve exercê-lo por meio de um procedimento legítimo de deliberação pública imparcial e racional que garanta a verdadeira participação dos destinatários da decisão a ser tomada. Trataremos da democracia deliberativa.

²⁷⁰ AMARAL, op. cit., p. 53.

²⁷¹ A necessidade do controle do poder político exercido pelo estado e a consagração da efetiva participação popular em mecanismos diversos ao voto, é referenciado por Passos: “A democracia liberal foi fruto da dissociação entre o político e o econômico. A democracia social representou a tentativa de reaproximação de ambos, assumindo o Estado não só tarefas de promoção, coordenação e planejamento, mas ele próprio se fazendo produtor e empresário. E se isso o elevou à condição de Estado que provê, fê-lo também Estado que oprime. Marchamos, agora, para um terceiro tempo – o da democracia participativa. Por ela tenta-se manter a interação entre o econômico e o político e sua formulação jurídica, mas porfia-se por superar o exacerbamento do Estado em detrimento da liberdade, recuperando-se, para a sociedade, um poder de controle que a democracia liberal e a social democracia não previram nem efetivaram, salvo pelo mecanismo do voto e pela pressão da opinião pública, que se revelaram insuficientes e insatisfatórios”. (PASSOS, op. cit., p. 92).

²⁷² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 284-285.

5. DO MODELO DELIBERATIVO

5.1. DA DELIBERAÇÃO PÚBLICA COMO FUGA AO MODELO AGREGATIVO.

A democracia representativa alcançou as conquistas do sufrágio universal, do voto direto e secreto, do mandato por prazo certo, da liberdade e do pluralismo partidário e ideológico. Contudo, o grande problema que hodiernamente se apresenta quando se discute a democracia representativa é exatamente a da possibilidade ou impossibilidade de existir uma representação legítima do cidadão.

A despeito das diversas concepções a respeito da democracia deliberativa, procurar-se-á identificar no presente capítulo suas principais características, procurando evidenciar o seu distanciamento do modelo agregativo.

Segundo Riche²⁷³, a teoria política contemporânea identifica dois modelos democráticos que se distinguem pela forma como as decisões são tomadas: o **modelo agregativo** e o **modelo deliberativo**. O primeiro corresponde a uma “democracia de interesses”, de preferências, onde os partidos políticos organizam-se no intuito de satisfazer o maior número de vontades individuais²⁷⁴. Já no segundo (modelo deliberativo), a democracia é pensada como uma forma de “razão prática”, como meio para que os cidadãos se reúnam para tratar de assuntos de interesse geral, fazendo uso da argumentação para se chegar a um ponto de equilíbrio reflexivo entre seus fundamentos particulares e plurais e os princípios de

²⁷³ RICHE, Flávio Elias. Revisitando a deliberação pública. In: VIEIRA, José Ribas (Org). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 05-11.

²⁷⁴ “Enquanto competição entre preferências, o modelo agregativo limita-se a estimular um comportamento puramente *estratégico e instrumental*, fazendo como que tanto eleições quanto decisões legislativas reflitam não propriamente a *força do melhor argumento*, senão a resultante dos interesses subjacentes ao agrupamento dotado de maior vigor e poder, capaz de sobrepor-se às demais agregações existentes”. (RICHE, op. cit., 2003, p. 06). Conforme anota Passos, o “Estado não é neutro, nem é sempre um mediador confiável. Ele tem uma fisionomia e expressa, não raramente, interesses em conflito com os da sociedade civil. Não só ele se faz aliado de forças econômicas hegemônicas, internas e internacionais, em detrimento dos governados, como, relação a si mesmo, é gerador de privilégios e de castas que se refugiam, favorecidas e inatingíveis, em seu interior – militares, burocratas, magistrados, oligarquias etc”. (PASSOS, op. cit., p. 93).

justiça (Rawls²⁷⁵), buscando atingir um “consenso racionalmente motivado”.

Destaco:

“A deliberação pública seria, portanto, a reunião de indivíduos livres e iguais que, partindo de valores minimamente compartilhados, participam de um processo de discussão e tomada de decisões sobre políticas a serem adotadas e fins públicos a serem perseguidos: **‘Deliberação pública é o processo no qual os membros de uma comunidade política participam na discussão pública e exame crítica de políticas públicas coletivamente encadeadas.** O processo de deliberação mediante o qual tais políticas são alcançadas é melhor compreendido não pelo modelo de barganha política ou transações contratuais de mercado, senão como um procedimento guiado pelo **compromisso para com o bem comum**’. Mediante o *uso público da razão* – que exclui toda e qualquer forma de coação, exercício da força ou do poder econômico, assim como enredamentos de natureza retórica ou emotiva – os cidadãos haveriam de obter a justificação política de seus resultados, prova cabal do consenso porventura atingido”²⁷⁶

Do segundo modelo, ou seja, do modelo deliberativo, surge uma nova visão do ideal democrático que visa superar a lacuna e crise de legitimidade deixada pela democracia representativa advinda de uma democracia burguesa formal e de um sistema convencional de representação, pois, **a efetiva participação em igualdade passa a ser fonte de legitimidade e justificação moral da democracia.** “Por isso, cabe substituir sujeitos destituídos de poder pelo subterfúgio da ‘delegação’ por sujeitos individuais e coletivos com poder de ação e

²⁷⁵ “Para preencher as exigências do contexto de justificação colocado pelo pluralismo das sociedades modernas, Rawls introduz algumas modificações na forma de interpretar a justiça como equidade. Apesar de manter a dupla estratégia de justificação introduzida em *A Theory of Justice*, o ‘artifício de representação’ da posição original de deliberação sob o véu de ignorância e o recurso ao método do ‘equilíbrio reflexivo’, nas últimas formulações de sua teoria Rawls se inclina mais favoravelmente para o método do equilíbrio reflexivo e da justificação pública (ou o uso público da razão) como instâncias privilegiadas de fundamentação de seus princípios de justiça. Como resultado, os princípios da justiça passam a ser preferencialmente justificados a partir de uma razão prática que reconstrói as instituições morais mais profundas e os ideais normativos da eticidade política das democracias constitucionais modernas. É uma razão prática que aposta também na capacidade de os cidadãos, mediante a formação pública do juízo, encontrarem um ponto de equilíbrio reflexivo entre os seus juízos particulares, os princípios de justiça e esses ideais. Nessa perspectiva, há um enfraquecimento da estratégia de justificação do tipo ‘transcendental’ ou Kantiana, predominante em *A Theory of Justice*, fundamentada na representação procedural e no conceito intersubjetivo de autonomia pessoal, e não conceito de pessoa moral, presentes na posição original, em favor do fortalecimento de uma estratégia que poderíamos qualificar de ‘reconstrutivismo hegeliano’, ou pragmático, fundamentada nos ajustes e reajustes do método de equilíbrio reflexivo entre juízos particulares, princípios de justiça e ideais implícitos na eticidade concreta das sociedades de democracia constitucional”. (WERLE, Denílson Luís. Democracia deliberativa e os limites da razão pública. In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação.** Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004, p. 143).

²⁷⁶ RICHE, op. cit., p. 10 (sem grifo no original).

decisão, capazes de, no pleno gozo da cidadania, exercer o controle democrático sobre o Estado ou sobre qualquer outra forma de poder instituído”²⁷⁷.

Conforme resume Ugarte, as teorias democráticas-deliberativas compartilham de dois elementos essenciais: a) que das decisões coletivas devem participar todos os potenciais destinatários, ou, na sua impossibilidade, os seus representantes; b) que as decisões devem resultar de um intercâmbio de argumentos entre os participantes, os quais devem respeitar critérios de imparcialidade e racionalidade²⁷⁸.

A verdadeira participação popular nas decisões do poder político não reclama a exclusão definitiva do modelo representativo, mas sim “**o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes**”²⁷⁹. Ela significa a expansão do “(...) poder público ascendente, que ultrapassará as fronteiras do estritamente político (no qual o indivíduo é figurante apenas como cidadão) para alcançar as relações sociais, considerado o indivíduo também na variedade de seu status e de seus papéis específicos, como sejam o de pai, de cônjuge, de empresário, de trabalhador, de professor, de estudante, de médico, (...)”²⁸⁰.

Para Seyla Benhabib, citada por Katya Kozicki, “a democracia pode melhor ser entendida como ‘(...) *a model for organizing the collective and public exercise of Power in the major institutions of a society on the basis of the principle that decisions affecting the well-being of a collectivity can be viewed as the outcome of a procedure individuals considered as moral and political equals*’²⁸¹.

²⁷⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Direito e democracia. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, Rio de Janeiro (5): 1-8, agosto/dezembro 1994, p. 3-4. *Apud*. CASTRO, Kátia Duarte. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 44.

²⁷⁸ URGATE, Pedro Salazar. Que participação para qual democracia. Trad. Maíra Rocha Machado. *In*: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação**. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004, p. 98.

²⁷⁹ PASSOS, op. cit., p. 93 (sem grifo no original).

²⁸⁰ *Ibid*, p. 94.

²⁸¹ “(...) um modelo para organizar o público e coletivo exercício do poder nas principais instituições da sociedade na base do princípio de que as decisões que afetam o bem-estar da coletividade possam ser vistas como resultado de um procedimento de deliberação livre e razoável entre indivíduos considerados como politicamente e moralmente iguais’ (BENHABIB, Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy, in *Democracy and Difference*, op. cit., p. 68). (KOZICKI, Katya. **Democracia deliberativa**: a recuperação do componente moral na esfera pública. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, n. 41, 2004, p. 48).

A referida definição do que vem a ser a democracia deliberativa permite sumarizar os seus principais aspectos, como sendo: a) a democracia é entendida como um modo de organização do poder político; b) as pessoas que vão ser submetidas às decisões devem participar do processo deliberativo de tomada de decisão, dentro de uma esfera pública de formação da opinião que envolva os cidadãos, grupos e movimentos organizados; c) o processo deliberativo é livre e se dá entre indivíduos considerados política e moralmente como iguais.²⁸²

Trata-se do que foi anteriormente referenciado por Marcos Nobre ao destacar que o modelo (normativo) deliberativo está cravado na busca da legitimidade dos processos democráticos, a qual somente é atingida quando existe o respeito a um procedimento imparcial de deliberação, onde todos possam considerar válidas as normas (moralmente vinculantes) pelas quais seriam atingidos e que tivessem passado por um procedimento deliberativo de gestão. Desta maneira, o autor retoma igualmente o pensamento de Seyla Benhabib e identifica que esse procedimento deveria possuir as seguintes características:

“1) a participação na deliberação é regulada por normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, questionar, interrogar e abrir o debate; 2) todos têm o direito de questionar argumentos reflexivos fixados no diálogo; e 3) todos têm o direito de introduzir argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual elas são aplicadas ou conduzidas. Não há *prima facie* regras que limitem a agenda da conversação, ou a identidade dos participantes, contanto que cada pessoa ou grupo excluído possa mostrar justificadamente que são afetados de modo relevante pela norma proposta em questão”²⁸³.

Para Hannah Arendt, a liberdade exercida pelo cidadão no seio da sociedade não pode ser entendida como um conceito de “não-interferência”, mas sim, de liberdade pública de participação democrática, ou seja, de interação dos atores plurais da sociedade como fonte geradora do poder de decisão²⁸⁴.

²⁸² KOZICKI, op. cit., p. 48.

²⁸³ NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação**. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004, p. 34.

²⁸⁴ “(...) para Arendt o poder é gerado na própria esfera pública e não no centro do sistema político. Isso evidencia a crítica arendtiana à forma de democracia representativa e àquelas teorias democráticas de natureza elitista (notadamente Joseph A. Schumpeter). Arendt sustenta que a pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença: ‘se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender’. (OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Esfera pública e democracia participativa – a contribuição de

Parte-se igualmente do pressuposto de que durante o procedimento de deliberação os cidadãos tratem uns aos outros “não meramente como objetos de possível manipulação estratégica, mas como sujeitos livres portadores de direitos iguais, que podem aceitar ou rejeitar as razões oferecidas para legitimar leis e políticas em geral”²⁸⁵. Trata-se do que Rawls identifica como *fairmindedness*, ou seja, o dever de civilidade e disposição de ouvir os outros e uma “equanimidade (...) ao decidir quando seria razoável fazer ajustes em suas próprias concepções”²⁸⁶.

A autonomia política do cidadão deve ser resguardada pela íntima relação com as liberdades asseguradas nos direitos fundamentais, “que decorre do reconhecimento do pluralismo, da heterogeneidade e diversidades de interesses e valores que caracterizam as democracias modernas”²⁸⁷.

Porém, não basta que um determinado Estado estabeleça no seu ordenamento jurídico os institutos de participação para a formação da liberação pública. “É necessário que os atores políticos (cidadãos) estejam em contato e em permanente diálogo para que isso ocorra.”²⁸⁸⁻²⁸⁹ Exige-se, como disserta Werle, que os indivíduos tenham acesso ao fórum público em critérios de igualdade.²⁹⁰

Hannah Arendt e Robert Dahl para a consolidação do direito de participação política no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, maio/jun, 2009, p. 124).

²⁸⁵ WERLE, op. cit., p. 138.

²⁸⁶ Ibid., p. 145.

²⁸⁷ Ibid., p. 138.

²⁸⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 125.

²⁸⁹ Uma vez que as decisões políticas são impostas coercitivamente a todos, soa razoável que todos participem do procedimento de deliberação, pois, apenas dessa maneira, ou seja, através de um assentimento refletido por meio da participação em deliberação de todos os sujeitos à decisão em questão, torna-se legítimo o resultado escolhido. Contudo, exatamente aí reside uma das possíveis críticas ao modelo deliberativo, eis que, “(...) nas deliberações do mundo real, a totalidade ou certamente a maioria dos afetados não parece participar, tornando desta forma a democracia deliberativa vulnerável ao destronamento de suas pretensões de legitimidade”. Segundo adverte John S. Dryzek (Professor de teoria social e política na Research School of Social Sciences, da Australian National University): “(...) a teoria [da democracia deliberativa] pende por um tenro fio se sua viabilidade depende crucialmente de uma vasta maioria que sempre opta por não exercer os direitos e capacidades que são tão fundamentais para a teoria – e cujo exercício é tomado por muitos proponentes da democracia deliberativa como o que de início torna possíveis bons cidadãos. Acreditar na apatia das massas para fazer a teoria funcionar nos levaria de volta aos dias sombrios dos modelos chumpeterianos, elitistas de democracia que os democratas deliberativos rejeitam de modo tão incisivo”. (DRYZEK, JOHN S. Legitimidade e economia na democracia deliberativa. Trad. Mauro Victoria Soares. In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação**. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004, p. 41-42).

²⁹⁰ “A igualdade exige que os indivíduos tenham acesso garantido a todo fórum público relevante para estabelecer regras de funcionamento, definir a agenda política, e tomar a decisão final. Essas são condições procedurais, no sentido de que qualquer defesa da deliberação pública como princípio de legitimação implica um compromisso com o acesso livre e igual, ainda que seja discutível dizer o que vale como tal, tanto do ponto de vista teórico (...) quanto em situações específicas”. (WERLE, op. cit., p. 138).

E esse diálogo, segundo Rawls, deve ser estar amparado por argumentos formulados em termos que possam ser aceitos por todos, de modo a excluir interesses solipsistas ou parciais. Trata-se do que o autor chama de “razão pública”,²⁹¹ ou seja, um corpo de princípios que as pessoas devem aceitar antes de entrarem no jogo político, “e não o que estarão dispostos a descobrir após terem ingressado na arena pública”²⁹²⁻²⁹³.

O *overlapping consensus* é assim para Rawls, um “acordo razoável em torno de princípios de justiça e valores políticos com os quais os cidadãos podem se identificar, mas por razões diferentes e mantendo suas diferenças de crenças e estilos de vida”²⁹⁴. Nesta perspectiva, “todo princípio, norma ou valor que aspira a uma validade geral deve submeter-se à prova da intersubjetividade: a força vinculante de se apoiar em razões que todos poderiam aceitar, ou, pelo menos, ninguém poderia razoavelmente rejeitar”²⁹⁵.

É igualmente necessário que os atores do debate coletivo, ou seja, todos os potencialmente afetados pela decisão, sejam tratados como iguais. A chamada “igualdade moral entre os indivíduos”, premissa do constitucionalismo

²⁹¹ “O princípio de legitimidade reside na razão pública, que é entendida, tanto por Rawls como por Habermas, como a expressão política do conceito Kantiano de autonomia, interpretado de modo intersubjetivo: os cidadãos atuam de modo autônomo quando se submetem àquelas leis que poderiam ser aceitas, com boas razões, por todos os atingidos sobre a base de um uso público de sua razão”. (Ibid., p. 140).

²⁹² DRYZEK, op. cit., p. 41-42. Dryzek (2004, p. 51) sustenta uma concepção de democracia discursiva como “competição de discursos”. Segundo o autor, a “competição de discursos” seria uma resposta a dois grupos de críticos, ou seja, os teóricos da escolha social (Riker) que acusam os democratas deliberativos de manipular a escolha coletiva, e os democratas da diferença (Iris Marion Young, Lynn Sanders e Jane Mansbridge) que afirmam que os democratas deliberativos “perpetuam um seletivo grupo de cavalheiros”. “Onde teóricos da escolha social temem uma diversidade não administrável, democratas da diferença vêem uma uniformidade sufocante, sob a qual a deliberação é dominada por homens brancos bem instruídos e bem versados nas sutilezas da argumentação racional”. Para Dryzek, as diferenças não podem ser homogeneizadas numa razão pública unitária, pois, diversas outras formas de comunicação devem ser aceitas desde que capazes de induzir a reflexão, sejam não-coercitivas e “capazes de conectar a experiência particular de um indivíduo, grupo ou categoria com algum princípio mais geral”.

²⁹³ “Rawls define a razão pública como sendo a característica de um povo democrático: é a razão dos cidadãos iguais, daqueles que compartilham o status de cidadania igual e que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição. Ela delimita o campo no qual deve mover-se a deliberação pública sobre as questões políticas fundamentais. Neste sentido, ela é parte da própria ideia de democracia: funciona como um princípio de legitimação do poder, que define, no nível mais profundo, as normas de um governo democrático com seus cidadãos e a forma de reconhecimento político que os cidadãos devem estabelecer entre si como livres e iguais. Em sua, diz respeito a como a relação política deve ser entendida”. (WERLE, op. cit., p. 144).

²⁹⁴ Ibid., p. 142. Conforme anota Benhabib, “Rawls restringe o exercício da razão pública à deliberação acerca de questões definidas. Estas são questões envolvendo ‘os elementos constitucionais essenciais’ e as questões de justiça básica”. (BENHABIB, op. cit., p. 60).

²⁹⁵ Ibid., p. 143.

liberal, não pode ser olvidada durante o debate coletivo, vez que todos os sujeitos são possuidores de direitos básicos e devem ser tratados de forma igualitária, independentemente de suas particularidades individuais. É o que defende Roberto Gargarella ao afirmar que a democracia deliberativa busca promover um sistema político que rechace decisões que sejam resultado de manipulações em favor de uma determinada pessoa ou grupo, para, ao contrário, privilegiar decisões coletivas e imparciais²⁹⁶.

Outrossim, deve ser alcançado um procedimento adequado de deliberação que satisfaça, ao mesmo tempo, os ideais de racionalidade e legitimidade exigidos para o atuar democrático, de forma a aplacar a tensão entre o Estado de Direito e a soberania popular (decisões majoritárias).²⁹⁷

A deliberação pública aproxima o debate de uma solução imparcial – vez que a democracia presume a apresentação de justificativas e críticas conduzidas por um critério moral – e pode ser utilizada como método, ainda que passível de críticas, para se chegar à verdade moral, ou seja, “a busca pela solução mais adequada ao caso (...), sempre sujeita e limitada a certo contexto, a certa temporalidade”²⁹⁸.

²⁹⁶ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 157-158.

²⁹⁷ “A democracia deliberativa pode, assim, conciliar sem ignorar a tensão existente, o Estado de Direito e a soberania popular, sendo ele (Estado de Direito) condição de possibilidade da democracia. O Estado de Direito não assume apenas e tão somente o papel de limite à democracia (ainda que ele assim efetivamente o seja), mas também a figura de elemento essencial para a constituição da própria democracia. Com isso, foge-se de um modelo exclusivamente procedimental, em que, além de os direitos fundamentais serem considerados condições procedimentais da democracia, são, também concebidos como condições para a cooperação democrática. Diante disso, se em certa ocasião pode o Estado de Direito limitar decisões majoritárias, tal limitação não representa, para a democracia deliberativa, necessariamente, um óbice à soberania popular. Isso porque pode tal limitação atuar a favor da própria soberania, na medida em que os direitos fundamentais são condições de possibilidade da democracia e o controle de decisões majoritárias violadoras do Estado de Direito pode ser justificado a partir do próprio princípio democrático.” (GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Curitiba, 2011.140fl. Tese (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 42)

²⁹⁸ Trata-se de uma das conclusões a que seja GODOY ao examinar a obra “Ética y derechos humano: un ensayo de fundamentación, de Carlos Santiago Nino. Para GODOY, “(...) a verdade moral buscada por meio desse discurso moral (a democracia), fruto do debate público, não é algo exterior, fixo. Essa verdade moral não é algo que está fora, imóvel, permanente, e que será, então, buscada por meio do discurso moral. Essa verdade moral é, ao contrário, uma construção, pois a democracia, como discurso moral, é uma prática social e, assim, historicamente contingente. Essa verdade moral deve ser compreendida como a busca pela solução mais adequada ao caso e estará sempre sujeita e limitada a certo contexto, a certa temporalidade. A verdade moral é, portanto, a busca por uma resposta apropriada, mas sempre contingente, sempre precária, sempre passível de revisão e superação. Quando as pessoas se reúnem para debater e solucionar questões morais, elas não o fazem com o fim de descobrir ‘ A verdade (como se ela fosse única, imutável, fixa,

Porém, a utilização do procedimento deliberativo não tem seu uso restrito à seara política, vez que a busca por uma solução imparcial guiada por um critério moral, pode (e deve) ser igualmente utilizada no seio do Poder Judiciário, no exercício da administração direta da justiça.

Conforme já ressaltado por Cândido Dinamarco: “É sabido e costuma ser repetido pelos publicistas em geral, que na democracia existe liberdade, existe igualdade, existe participação dos cidadãos na vida do Estado. Essa participação, que se dá a todos os níveis e sob todos os aspectos na medida em que o Estado seja realmente democrático, **acha-se também no processo**”²⁹⁹.

Nesse sentido, ganha força a ideia de participação popular no Tribunal do Júri, tanto como cooperação do cidadão na realização de uma justiça que atenda à realidade social, quanto como “expressiva força mobilizadora da cidadania contra os abusos do poder político e econômico-financeiro, emprestando voz e vida ao pluralismo brasileiro”³⁰⁰.

O Tribunal do Júri figura dentro da dinâmica constitucional brasileira como a única instituição a funcionar com regularidade e a possibilitar a todo e qualquer cidadão que preencha os requisitos legais, a participação nos assuntos de um dos Poderes da República.³⁰¹ Nessa toada, já bradou Ataliba Nogueira - citado por Ary Azevedo Franco: “(...) Mesmo na concepção moderna de democracia, não podemos afastar o cidadão da função de julgar, uma vez que colabora no governo elegendo seus dirigentes; colabora na confecção da lei elegendo os parlamentares; colabora na distribuição da justiça julgando seus semelhantes.”³⁰²

O aprofundamento da questão da participação popular no Tribunal do Júri será apreciado em capítulo próprio desse trabalho, mas não sem antes

imóvel, permanente e que está fora), mas para encontrar soluções imparciais e adequadas a certa ocasião e determinado tempo (contexto e temporalidade)”. (GODOY, op. cit., p. 44).

²⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Contraditório. In: Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, n. 4, PP. 84-100. *Apud*. FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da justiça criminal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 349.

³⁰⁰ Nesse sentido, anota Viveiros (2003, p. 65) que: “No seu âmbito próprio de atuação, a jurisdição popular voltada para a defesa dos valores fundamentais da pessoa humana, o Júri, como instituição constitucional, organizada, estruturada e histórica e perfeitamente integrada no seio da sociedade, se apresenta, não apenas sob um prisma individualístico, mas também em função da sua dimensão coletiva, como elemento capaz de catalisar novas competências participativas que ampliem os espaços da cidadania ativa, rumo à efetividade dos direitos econômicos e sociais”.

³⁰¹ NUCCI, op. cit., p. 40

³⁰² FRANCO, op. cit., p. 24.

desmistificar-se a ideia de que para exercer-se a democracia faz-se necessária a existência do consenso.

5.2. DA (DES)NECESSIDADE DA BUSCA PELO CONSENSO

A busca de um consenso (unanimidade) pode ser verdadeira utopia quando identificamos a composição da sociedade moderna como efetivamente plural e multicultural^{303_304}.

Como explicar a um grande número aos cidadãos que participam do processo deliberativo que suas “vontades” não prevalecem na ausência do consenso?

Buscando uma saída para tal dilema, James Bohman destaca que a solução para a democracia deliberativa não se encontra na busca incessante do consenso (até porque, diante de um determinado caso prático o mesmo pode ser impossível), mas na idéia de que os participantes do processo deliberativo influenciaram (e foram influenciados) e contribuíram para a produção do resultado final.³⁰⁵

³⁰³ O multiculturalismo designa a “coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades ‘modernas’”. (SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26).

³⁰⁴ A questão do multiculturalismo tem o seu berço a partir da “descoberta” do novo mundo e da imposição de uma forma de cultura aos recém “descobertos”, a qual se (auto) identificava como paradigma da própria cultura humana e era vista como a única racionalidade possível. Nesse sentido, convém destacar que: “Em 1992, por ocasião dos 500 anos da viagem de Colombo, houve intenso e extenso debate nas Américas e na Europa sobre o vocabulário adequado para descrever a chegada dos europeus ao continente. Uma crítica devastadora foi então feita ao uso da palavra ‘descobrimento’ ou ‘descoberta’, por representar um insuportável etnocentrismo europeu. De fato, só foi descobrimento para os europeus. Aqui viviam, em 1492, cerca de 50 milhões de habitantes, não muito menos do que a população da Europa. A cidade do México, capital do império asteca, tinha 200 mil habitantes, mais talvez do que qualquer cidade européia. Paris tinha cerca de 150 mil. Falar em ‘descobrimento’, argumentou-se, implicava dizer que esses povos e civilizações só tinham passado a ter existência real após a chegada dos europeus. Implicava ainda dar um tom falsamente neutro a um processo que foi violento e genocida. (...)”. (CARVALHO, José Murilo de. Nação imaginária: memória, mitos e heróis (p. 395-418). In. NOVAES, Adauto. (Org) **A crise do Estado-Nação**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003).

³⁰⁵ “Do meu ponto de vista, a deliberação pública é uma atividade social conjunta, assente na ação social do diálogo – o intercâmbio de razões [*give and take of reasons*]. Esta deliberação é tipicamente iniciada *em* e *sobre* um contexto social específico. Começa com uma situação problemática onde a coordenação tenha cessado; obtém êxito quando os atores novamente se encontram aptos a cooperar. Um resultado bem-sucedido da deliberação é aceitável para todos, porém num sentido mais fraco que aquele demandado pelas teorias procedimentais: o sucesso é medido não a partir de um requisito excessivo de que todos possam concordar com o resultado, mas a partir de um requisito mais tênue de que todos os agentes estejam convencidos o bastante para darem continuidade ao processo de cooperação. O resultado de uma decisão concreta é passível de

O procedimento deliberativo não se legitima apenas no fato do indivíduo poder influenciar o seu semelhante, mas essencialmente na circunstância de igualmente poder ser influenciado por ele (*give and take of reasons*), pois, diante da complexidade da vida social, dificilmente um indivíduo isolado disporia de todas as informações necessárias para a tomada de decisões. “A decisão política é por sua natureza uma escolha sob a incerteza”³⁰⁶. As preferências individuais são construídas a partir do conflito, do debate político, fato que assim legitimaria a escolha final.

No interior de uma sociedade caracterizada pela pluralidade de valores, o que legitima a tomada de decisão não é a vontade predeterminada de cada indivíduo (muito menos um código moral e religioso unificados), mas o processo deliberativo de sua formação, pois, conforme destaca Benhabib, o “procedimentalismo é uma resposta racional ao conflito de valores persistentes no âmbito substantivo”³⁰⁷.

Dessa forma, a liberdade individual estaria atrelada a poder participar do processo de discussão, pois, uma “decisão legítima não representa a *vontade* de todos, mas resulta da *deliberação de todos*”³⁰⁸, circunstância, aliás, que atenderia tanto aos postulados liberais, como democráticos.

Mas com isso não se quer retornar ao modelo de democracia dos antigos, onde todos os considerados cidadãos deveriam decidir em assembléia os

aquiescência quando as *razões* que o fundamentam são suficientes para motivar a cooperação de todos aqueles que deliberam [grifos nossos]” (BOHMAN, James. Public deliberation: pluralism, complexity and democracy. Cambridge: The Mit Press, 1996, p. 32-33. Citado e traduzido por RICHE, Flávio Elias. Revisitando a deliberação pública. In: VIEIRA, José Ribas (Org). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19-20).

³⁰⁶ Manin, op. cit., p. 29. Conforme anota o autor, “podemos afirmar que durante a deliberação política os indivíduos adquirem novas perspectivas não apenas com respeito às soluções possíveis, mas também a suas próprias preferências”. (p. 30).

³⁰⁷ Segundo anota Benhabib: “O desafio para a racionalidade democrática é alcançar formulações aceitáveis do bem comum, apesar do inevitável pluralismo de valores. Não podemos resolver conflitos entre sistemas de valores e concepções do bem por meio do restabelecimento de um código moral e religioso fortemente unificado, sem correr o risco de deixar de lado liberdades fundamentais. Os acordos em sociedades vivendo com o pluralismo de valores devem ser buscados não ao nível das convicções substantivas, mas nos procedimentos, processos e práticas de realização e revisão das convicções. O procedimentalismo é uma resposta racional ao conflito de valores persistente no âmbito substantivo”. (BENHABIB, op. cit, p. 56).

³⁰⁸ Ibid, p. 31. Conforme anota Manin (2007, p. 31), o “princípio deliberativo é tanto individualista como democrático. Implica que *todos* participem na deliberação, e nesse sentido a decisão tomada pode razoavelmente ser considerada como emanada do povo (princípio democrático). A decisão procede também da liberdade dos indivíduos: aqueles indivíduos que deliberam em conjunto, formam suas opiniões por meio de deliberação, e no fim do processo cada um opta livremente por uma ou outra solução (princípio individualista e liberal). Precisamos afirmar, com risco de contradizer uma longa tradição, que o direito legítimo consiste no *resultado de uma deliberação geral*, e não na *expressão da vontade geral*”.

assuntos de interesse geral. Não se busca a utopia e ficção de que uma assembleia de massas pudesse deliberar em um colégio público e permanente. O modelo deliberativo privilegia a participação dos possíveis afetados pela decisão através de associações (partidos políticos, movimentos sociais, etc) organizadas e articuladas para os fins a que se destinam. Segundo adverte Benhabib: “É por meio da rede interligada dessas múltiplas formas de associações, redes, e organizações que uma ‘comunidade pública’ anônima surge. Para o modelo deliberativo de democracia é fundamental que se privilegie essa esfera pública de redes justapostas e mutuamente entrelaçadas, e as associações de deliberação, contestação e argumentação”³⁰⁹.

Segundo Dryzek, a democracia deliberativa parte do princípio de que, para uma decisão coletiva seja legítima, ela necessita estar sujeita à aceitação refletida daqueles a ela submetidos, aos quais deve se possibilitar a participação nas deliberações a respeito da produção da decisão. Contudo, conforme ressalta o mesmo autor, a legitimidade discursiva não se encontra atrelada ao consenso - por ser ele ao mesmo tempo improvável e indesejável -, mas sim, no universo de discursos encontrados na esfera pública³¹⁰.

De acordo com Kozicki, a idealidade do consenso parte da idéia de que aqueles que vão ser afetados pelas decisões devem considerá-las aceitáveis e partir do pressuposto de que também os outros sujeitos que venham a ser afetados por elas considerem-nas razoáveis de observância. Segundo a autora “esse ponto enfatiza o ideal de legitimidade, buscando a correspondência necessária entre as decisões produzidas e aqueles que serão por ela afetados.”³¹¹.

³⁰⁹ BENHABIB, op. cit., p. 58.

³¹⁰ “Claramente, é impossível para qualquer decisão ir ao encontro da completude de demandas de todos os discursos concorrentes. Isso só seria possível se se pudesse esperar consenso na escolha coletiva, definido como acordo tanto quanto ao curso da ação como quanto às razões para o mesmo. Em um mundo de discursos concorrentes, pode-se imaginar tal consenso apenas se os discursos forem eles mesmos ou fundidos ou dissolvidos – um panorama que é ao mesmo tempo improvável e indesejável, visto que eliminaria as diferenças que fazem a deliberação tanto possível quanto necessária. O ideal de consenso tem há muito sido rejeitado pela maioria dos democratas deliberativos, mesmo por aqueles simpáticos à tradição habermasiana, na qual o consenso uma vez ocupou um papel central no referencial contrafactual da situação ideal de fala, embora seus adversários nem sempre tenham notado. Acordos exequíveis (ou o que Cass Sunstein chama de ‘acordos não completamente teorizados’ [*incompletely theorized agreements*]), nos quais o assentimento pode ser assegurado quanto aos cursos de ação por diferentes razões, são bem mais plausíveis. Tais acordos vão variar em seu grau de ressonância com a constelação de discursos prevalecente. Maior ressonância significa maior legitimidade discursiva.” (DRYZEK, op. cit., p. 52).

³¹¹ Segundo a autora, ainda “(...) que às vezes o consenso não seja possível, situação em que poderá haver a necessidade, por exemplo, de se recorrer ao processo de votação, é possível determinar – mediante razoável e racional processo de argumentação e deliberação – que

Trata-se da mesma conclusão a que chega Godoy ao destacar que a discussão pública pode não alcançar sempre a unanimidade argumentativa, mas que efetivamente contribui para a filtragem argumentativa e busca da melhor solução ao caso concreto, pois, a confluência de ideias e a necessidade de justificar determinada posição a terceiros, incrementam o conhecimento do próprio debatedor e expõem os vícios do raciocínio, protegendo assim a imparcialidade do *decisium*:

“A principal virtude da democracia deliberativa é, assim, a de que ela promove e facilita a discussão pública. Se essa discussão é preterida e não realizada pode-se supor que as decisões que surjam desse processo não são imparciais e, portanto, não haveria razões suficientes para apoiar tal sistema político. A discussão assume um papel central para a democracia porque por meio dela se eliminam possíveis erros fáticos e lógicos que se apresentam nos argumentos. Ou seja, por meio da deliberação os sujeitos apresentam suas convicções perante os outros, os quais atuarão não como mero receptores daquela informação/opinião, mas como verdadeiros filtros. Essa dinâmica permite, ainda, que, além da identificação de possíveis equívocos, se incremente o argumento que até então estava sendo exposto com a adição de novas informações e opções, que eram ignoradas ou desconhecidas. Por isso a discussão é tão importante, pois é por meio dela que não apenas se retifica ou refina o argumento, mas também se conhecem os pontos de vista e interesses dos demais”³¹².

aqueles que não restam convencidos ainda possam reconhecer o caráter racional e razoável de uma decisão tomada pela maioria e, reconhecendo-o, a ela se sujeitarem e implicitamente legitimarem o procedimento decisório. A argumentação é um procedimento intrinsecamente conectado à razão, a qual deve revelar-se desapaixonada e desinteressada (KOZICKI. op., cit., p. 49-50). Contudo, não devemos entender que a democracia deliberativa está sempre a referendar a decisão majoritária tomada após um procedimento de discussão e que a mesma sempre será a decisão correta. O valor epistêmico da democracia se coaduna com a observância da decisão majoritária (sim), porém, da mesma forma resguarda o direito de crítica, o princípio da autonomia individual e os direitos individuais. Nesse sentido: “O valor epistêmico da democracia deliberativa, baseado na discussão e decisões públicas, não se aplica a qualquer decisão, em particular, e tampouco tem o condão de afirmar que todas as decisões majoritárias são as corretas. Ela não é uma confirmação do ditado popular ‘a voz do povo é a voz de Deus’. Por óbvio que decisões democráticas majoritárias podem ser equivocadas e quase sempre excluem, por consequência, interesses minoritários. No entanto, é o valor epistêmico da democracia que deve fundar a aceitação da decisão democrática, inclusive nos casos em que a reflexão individual do sujeito aponte a decisão majoritária como equivocada. Pois, se não fosse assim, um sujeito somente aceitaria o resultado do processo democrático quanto tal resultado coincidissem com a sua reflexão individual. E tal postura contraria completamente a conclusão de que o processo democrático-deliberativo é geralmente mais confiável epistemicamente do que o processo de reflexão individual de um sujeito. Vale dizer, deve-se obedecer ao resultado do processo democrático, mesmo quando ele afronte a reflexão individual de um sujeito, sempre que se houver observado as condições sobre as quais se baseou esse processo. Ao contrário, o direito de se criticar a decisão tomada deve sempre ser resguardado e, em certos casos, pode-se até mesmo admitir a abstenção do sujeito em atuar conforme a decisão tomada (objeção de consciência). Se, por um lado, Nino não descarta a reflexão individual e a busca da verdade moral da melhor decisão, de forma particular, por outro, deve-se, sempre, conferir maior grau de legitimidade à decisão coletiva, deliberada e assistida por todos. Isto porque ele não pretende que a teoria da democracia deliberativa tenha aplicação em toda a dimensão moral. Ao contrário. Segundo Nino, o valor epistêmico da democracia deliberativa encontra limites no princípio da autonomia do sujeito, isso quer dizer que não se devem admitir, ainda que por meio de um debate público, interferências sobre a vida e a escolha privado do cidadão. Há questões que dizem respeito à intimidade do sujeito como, por exemplo, a sua escolha religiosa, sua opção sexual, dieta alimentar etc., que não devem estar sujeitas ao debate e à decisão públicos” (GODOY, op. cit., p. 71).

³¹² Ibid., p. 45.

De acordo com Carlos Santiago Nino, citado por Godoy, a deliberação é legítima “se a inclusão das partes no processo de discussão e decisão se dá em pé de igualdade e sem pressões coercitivas; mediante o conhecimento dos termos fáticos do problema e de tal forma que as minorias não estejam incapacitadas de participar; em momentos em que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extremas”³¹³.

A bem da verdade, a ideia do consenso além de ser pouco realista é também pouco desejável do ponto de vista normativo, “pois correr-se-ia o risco de consegui-lo à custa de silenciar as vozes discordantes, a pluralidade que caracteriza a vida social moderna. (...). A possibilidade de não se chegar a acordos sobre todas as questões é algo que faz parte do próprio exercício da razão prática sob instituições fundamentadas nos ideais de liberdade igualdade”³¹⁴. Outrossim, conforme ressalta Benhabib, a “vida social necessita tanto do conflito de interesses quanto da cooperação”³¹⁵.

Desta forma, vemos que as razões para tomada de uma decisão devem ser públicas, ou seja, dirigidas abertamente aos cidadãos. Mais do que isso, além de públicas, devem ser inteligíveis para que possam ser acatadas ou refutadas pelo público³¹⁶.

Trilhando assim as premissas do ideal deliberativo, o presente trabalho buscará identificar no novel procedimento do Tribunal do Júri, se ele, como fonte inspiradora da participação popular no seio do Poder Judiciário, cumpre o seu papel de instrumento de efetivação (deliberativa) dessa mesma vontade. Para tanto, levar-se-ão em conta os dispositivos legais que garantem a participação do povo

³¹³ Ibid, p. 75.

³¹⁴ WERLE, op. cit., p. 139.

³¹⁵ Conforme anota a autora: “Quanto mais conflitos de interesses existirem, tanto mais importante será ter soluções procedimentais para julgar os conflitos por meio das quais as partes, cujos interesses são afetados de modo negativo, podem recorrer a outros métodos de articulação e representação de suas reivindicações. Modelos procedimentalistas de democracia permitem a articulação de conflitos de interesses sob condições de cooperação social mutuamente aceitáveis a todos”. (BENHABIB, op. cit., p. 58).

³¹⁶ “O uso público da razão encontra-se, intimamente associado à questão acerca da legitimidade das decisões. Como o próprio Bohman esclarece, as razões publicamente formadas tendem a produzir resultados passíveis de serem reconhecidos por todos como legítimos, no sentido de que, independentemente da existência de um consenso unânime, os cidadãos concordam o bastante para que a deliberação continue a desenvolver-se como atividade conjunta – ainda que não atribuam valor de verdade aos mesmos. Por outro lado, as decisões injustas, que são desvantajosas ao menos para uma parcela dos indivíduos, caracterizam-se precisamente por se formarem a partir de procedimentos e razões não-públicos, violando, assim, a igualdade política dos cidadãos”. (VIEIRA, José Ribas (Org). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20).

nas decisões do Tribunal do Júri, bem como, procurar-se-á alimentar a discussão a respeito da necessidade do diálogo entre os componentes do Conselho de Sentença no momento anterior ao *decisum*.

6. O JÚRI COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.

6.1. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O conceito de democracia traz como uma de suas premissas a ideia de autogoverno (liberdade positiva), ou seja, a possibilidade que têm os cidadãos de participarem na tomada de decisões que são obrigatoriamente submetidos. “A democracia é o regime em que a imposição heterônoma dissolve-se – ou, ao menos legitima-se – mediante a participação autônoma dos destinatários das normas em sua elaboração”³¹⁷.

O Estado atual como o conhecemos, não se realiza plenamente apenas pelo seu qualificativo de direito, mas igualmente pela sua acepção democrática, fundamento esculpido na Carta Magna já em seu artigo primeiro³¹⁸. Dessa maneira, cabe ao Estado fomentar a participação dos seus cidadãos³¹⁹ como forma determinante para se concretizar a própria democracia, eis que a mesma apenas é exercida quando todos participam do seu processo de formação, não apenas sob a perspectiva meramente procedimental (indireta), mas essencialmente deliberativa, onde o cidadão se torna o protagonista do curso a ser seguido pela sociedade na qual é inserido.³²⁰

Assim, ser cidadão não se resume ao mero ato de escolher os seus representantes periodicamente³²¹, mas sim, de fazer parte do processo de

³¹⁷ URGATE, op. cit., p. 95.

³¹⁸ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se num Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

³¹⁹ Na mesma forma protagonizada pelo Prof. Clève, vamos adotar o conteúdo do termo cidadão “em sua dimensão dialética, para identificar o sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve. Sujeito ativo da cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito. Homem envolto nas relações de força que comandam a historicidade e a natureza da política. Enfim, queremos tomar o cidadão como ser, sujeito e homem a um tempo. O cidadão é o agente reivindicante possibilitador, na linguagem de Lefort, da floração contínua de direitos novos”. (CLÈVE, Clémerson Merlim. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo, Editora Acadêmica: 1993, p. 16).

³²⁰ “No contexto constitucional, cidadania deve significar mais que a mera participação no processo eleitoral. A Constituição foi chamada de ‘Carta Cidadã’ exatamente pelo fato de estarem nela presentes as garantias e direitos individuais, amplos direitos sociais e, também, mecanismos de expressão da vontade popular, para o efetivo exercício da cidadania. Para a democracia participativa, cidadão não é mero sinônimo de eleitor, mas de indivíduo participante, fiscalizador e controlador da atividade estatal.” (MACEDO. op. cit., p. 187).

³²¹ “Na democracia representativa, a participação popular fica praticamente alijada, por ausência de controle por parte da população, após o processo eleitoral, pois o que existe é uma arremedo de controle, exercido por órgãos com essa atribuição, normalmente compostos de agentes indicados pelos Poderes constituídos. Assim, se considerarmos que é da essência do sistema democrático o ‘poder do povo’ e o efetivo controle dos resultados, pode-se dizer que a democracia representativa está deveras distante da essência do termo: de poder do povo, para o povo”. (MACEDO, op. cit., p. 184).

deliberação das decisões que afetarão a sua sociedade. Essa participação, por sua vez, deve ser livre, seguindo procedimentos certos, anteriormente fixados, aberto a todos e com preponderância da regra da maioria. Conforme assinala Ugarte, a democracia deve ser vista como uma forma de governo onde “o número mais amplo possível de indivíduos adultos da coletividade (cidadãos) participa livremente na tomada de decisões da coletividade por meio de procedimentos preestabelecidos como a regra da maioria”³²².

A Constituição Federal de 1988 procurou seguir o modelo já traçado por outras constituições participativas, tais como, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Italiana de 1947, sem olvidar que a participação direta do cidadão na coisa pública é princípio constante da própria Declaração dos Direitos do Homem, *verbis*: “(...) todo homem tem o direito a tomar parte no governo de seu país **diretamente** ou por intermédio de representantes livremente escolhidos” (art. XXI, inciso I - grifei).

Dessa maneira, constata-se a exigência de um novo pensar democrático a fim de possibilitar-se a abertura – já indicada pela Constituição de 1988 em diversos comandos, e.g., arts. 10, 11, 187, *caput*, 194, VII, 198, III, 206, VI, 216, § 1º e 29, X³²³ – para a efetiva participação do cidadão em sua forma direta e indireta³²⁴.

A participação do cidadão na formação da vontade geral pode ser visualizada de várias formas: no momento do voto (*cidadão eleitor*); quando é investido em cargo ou emprego público (*cidadão agente de poder*); nas hipóteses de

³²² Conforme disserta o referido autor, ainda que “o princípio majoritário não seja sinônimo de democracia (basta pensar que também é utilizado para tomar decisões em sistemas autocráticos), como demonstra Kelsen, é o melhor instrumento para maximizar o princípio de autonomia em sociedades nas quais a representação é inevitável e a unanimidade impossível”. (URGATE, op. cit., p. 96).

³²³ Conforme destaca Clève (1993, p. 30-31), “a nova Constituição Federal é responsável pela criação de um novo conceito de liberdade. Aliás, um conceito de liberdade resgatado da prática dos antigos (cidades helênicas) e que implica participação, mas, todavia, somado esse conceito de liberdade àquele trazido pelas revoluções burguesas. Ou seja, há, na nova Constituição, a síntese da liberdade-participação (dos antigos) com a liberdade-autonomia (dos modernos), para utilizar a terminologia utilizada por Benjamin Constant. Trata-se agora de radicalizar essa concepção para ampliar até limites possíveis o espaço de afirmação da cidadania”.

³²⁴ “Transformações recentes vêm contribuindo para quebrar as resistências à expansão dos institutos da democracia participativa no Brasil. No plano econômico-social, as mudanças no mundo do trabalho, decorrentes do processo de globalização. Na esfera institucional, a crescente defasagem entre o ordenamento jurídico e as instituições do Estado em face das novas realidades sociais. No plano político mais geral, a queda do Muro de Berlim, com a conseqüente valorização da democracia, enquanto regime político e forma de acesso ao poder”. (LYRA, Rubens Pinto. **As vicissitudes da democracia participativa no Brasil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 36, n. 141, p. 23-38, jan-mar. 1999, p. 30).

serviços concedidos, permitidos e autorizados (*cidadão colaborador*); quando o cidadão exerce atividades particulares de interesse coletivo (*cidadão seduzido*); quando exerce o seu direito de petição (art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal) ou propõe uma ação popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal), a ação de inconstitucionalidade genérica ou por omissão, a ação civil pública e o mandado de segurança (*cidadão censor*); quando o cidadão participa de forma imediata nas escolhas políticas ou administrativas, seja através do plebiscito, do referendo ou pela iniciativa popular (art. 14, incisos I, II e III, da Constituição Federal) (*cidadão propriamente dito*)³²⁵.

Analisando pormenorizadamente a Constituição Federal de 1988, Macedo indica os seguintes comandos constitucionais que direta ou indiretamente invocam a democracia participativa no Brasil:

“(...) obrigação de os órgãos públicos prestarem informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, no prazo da Lei (Art. 5º, XXXIII – Constituição Federal – CF); direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (Art. 5º, XXXIV, a – CF); reconhecimento da competência do Tribunal do Júri, de caráter eminentemente popular, de participação da sociedade no Poder Judiciário (Art. 5º, XXXVIII – CF); legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular, em defesa de direito difuso, objetivando anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (Art. 5º, LXXIII – CF); participação da comunidade nas ações de seguridade social (Art. 194, VII – CF); participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários (Art. 10 – CF); previsão de aprovação da população, por plebiscito, em caso de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados (Art. 18, §3º - CF); previsão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, para criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios (Art. 18, §4º - CF); previsão de lei sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual (Art. 27, §4º - CF). Esse dispositivo levou os Estados a regulamentarem a iniciativa popular e a criarem, alguns deles, a Comissão de Legislação Participativa, facilitando a participação popular no processo legislativo; colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (Art. 29, XII – CF). Deu origem ao Orçamento Participativo, em âmbito municipal, em diversas cidades brasileiras; previsão de iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, mediante manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (Art. 29, XIII – CF); colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade e a legalidade (Art. 31, §3º - CF); participação dos usuários na administração direta e indireta quando se tratar de prestação de serviços à comunidade (Art. 37, §3º); obrigatoriedade de a Administração direta e indireta criar mecanismos para receber reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral (Art. 37, §3º, I – CF). Esse dispositivo ensejou a criação de ouvidorias e outras formas de atendimento aos usuários; acesso da sociedade a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (Art. 37, §3º, II – CF); disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (Art. 37, §3º, III –

³²⁵ Cf, Clève, 1993, p. 17-25.

CF). Além das ouvidorias, inspirou a criação das corregedorias no serviços público; instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, em todas as esferas da Federação, com a participação de servidores (Art. 39 – CF); realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil (Art. 58, II – CF); viabilização de corregedorias e ouvidorias, no âmbito do Legislativo, para receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (Art. 58, IV – CF); legitimidade dos cidadãos para iniciativa de leis (Art. 61, §2º - CF); legitimidade do cidadão, partido político, associação ou sindicato, para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (Art. 74, §2º - CF); participação de seis cidadãos brasileiros natos, no Conselho da República (Art. 89, VII – CF); participação de dois cidadãos no Conselho Nacional de Justiça (Art. 103-B, § 5º, I – CF); previsão de ouvidorias de justiça, no âmbito da União, Distrito Federal e Territórios, para receber reclamações e denúncias (Art. 103-B, § 7º - CF); participação de dois cidadãos no Conselho Nacional do Ministério Público (Art. 130-A, VI – CF); criação de ouvidorias do Ministério Público, em âmbito federal e estadual, para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público (Art. 130-A, §5º - CF); fiscalização pela sociedade quanto às atividades das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção (Art. 173, §1º, I – CF); participação do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes na política agrícola (Art. 187 – CF); participação da comunidade, na gestão administrativa das ações de seguridade social (Art. 194, parágrafo único, inciso VII – CF). Deu origem aos Conselhos de Assistência Social; participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde (Art. 198, III – CF). Deu origem aos Conselhos de Saúde; participação da população, por meio de organização representativa, na formulação das políticas e no controle das ações da Assistência Social (Art. 204, II – CF); colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação (Art. 205 – CF) e gestão democrática da educação (Art. 206, VI – CF); colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro (Art. 216, §1º - CF); exercício, pela coletividade, do dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (Art. 225 – CF); participação das entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes (Art. 227, §1º - CF); participação de representantes da sociedade civil, no Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Art. 79 das Disposições Constitucionais Transitórias)³²⁶.

Contudo, a mera previsão de normas constitucionais não torna a democracia viva, vez que ela precisa ser diuturnamente construída e estimulada por todos os cidadãos. Tal afirmativa se mostra evidente quando tratamos do Tribunal do Júri e buscamos o seu entrelaçamento com a formação da cultura cívica e jurídica de um determinado povo em uma determinada época. A fuga de uma democracia processual ou institucional e a busca pelo ideal deliberativo é o caminho a ser trilhado por cada um e por todos.³²⁷

³²⁶ MACEDO. op. cit., p. 188-190.

³²⁷ VIVEIROS, op. cit., p. 55.

6.2. DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA A PARTIR DO NOVEL PROCEDIMENTO DO JÚRI – UM TRIBUNAL AINDA MAIS DEMOCRÁTICO.

Conforme anteriormente demonstrado, a participação do cidadão brasileiro na formatação do caminho a ser seguido pelo país pode ser visualizada de várias maneiras, inclusive na própria atividade jurisdicional, a qual, por função própria, integra o governo em um sentido amplo³²⁸.

Conceituar o que seja um processo verdadeiramente democrático não é tarefa das mais fáceis. Porém, segundo Scarance Fernandes, o vértice de todas as formas conceituais passa obrigatoriamente pela seguinte característica: “há processo democrático quando ele possibilita a participação no seu desenvolvimento e solução de pessoas direta, ou indiretamente, a ele ligadas”³²⁹.

Segundo anota Grinover, a participação popular na seara jurisdicional pode ocorrer mediante a “**participação na administração da justiça**” e a “**participação mediante a justiça**”.³³⁰ Esta identifica a utilização do processo como instrumento de participação democrática,³³¹ seja mediante a assistência

³²⁸ Enfocando o tema da democracia em sua forma em sua forma de participação na justiça e no processo, Vesvoci, anota que: “Enfocando el tema de la Justicia, resulta Elemental que el reclamo de Democracia participativa deve extenderse a esta rama, dado que el Poder Judicial, junto con el Legislativo y Ejecutivo constituyen las funciones esenciales de gobierno. Dicho de otra manera, que la función jurisdiccional también se integra en el Gobierno, considerado en sentido amplio (y no en restringido que se da al estudiar los sistemas parlamentarios, en general, siguiendo la terminología francesa). Y, no cabe duda, que los Magistrados ejercen tarea de Gobierno”. (Enfocando o tema da Justiça, resulta elementar que a reivindicação da Democracia participativa deve estender-se a essa atividade, uma vez que o Poder Judiciário, junto com o Legislativo e Executivo constituem as funções essenciais de governo. Dito de outra maneira, a função jurisdicional também se integra ao Governo, visto em sentido amplo (e não no restrito que se vislumbra ao estudar os sistemas parlamentários, em geral, seguindo a terminologia francesa). E não há dúvida, que os Magistrados exercem função de Governo – tradução livre). (VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 364).

³²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da justiça criminal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 349.

³³⁰ GRINOVER, 1989, p. 07. Dissertando sobre o princípio participativo, Grinover anota que ele também exerce influência em relação à atividade jurisdicional. “Na esteira do disposto na Constituição italiana, a doutrina peninsular debruçou-se sobre os diversos aspectos da participação popular na justiça. Participação esta que pode manifestar-se em dois sentidos: participação na administração da justiça e participação mediante a justiça. Esta – a participação mediante a justiça – significa a própria utilização do processo como veículo de participação democrática, quer mediante a assistência judiciária, quer mediante os esquemas da legitimação para agir. Aquela – a participação na administração da justiça – desdobra-se, por sua vez, em diversas facetas”. (GRINOVER 1988, p. 285-286)

³³¹ J. J. Calmon de Passos já havia denunciado que nem mesmo o processo, com todo o seu significativo técnico e aparente neutralidade, pode ser afastado de uma dimensão política, econômica e democrática. Segundo destaca o autor, o processo, “como técnica de formulação de

judiciária, seja mediante os esquemas da legitimação para agir. Aquela, por sua vez, reconduz a participação na administração da justiça a três modelos expostos por V. Denti: a) a participação como instrumento de garantia; b) a participação como instrumento de transformação; e, c) a participação como instrumento de controle. O primeiro modelo (participação mediante garantia) é o que nos interessa mais de perto, pois encontra no Tribunal do Júri – pós Estado Liberal – a sua forma mais precisa de identificação³³².

Com efeito, independentemente de qualquer classificação que se possa atribuir, é certo que a “participação na administração da justiça responde a exigências de **legitimação democrática do exercício da jurisdição** e a **instâncias prementes de educação cívica**”³³³. Esta, forjada na informação, no conhecimento, na conscientização, no controle, na co-responsabilidade. Aquela, como manifestação da participação direta dos leigos na distribuição da justiça.”³³⁴

normas jurídicas e de efetivação do direito conserva, e necessariamente deveria fazê-lo, as conotações políticas e econômicas que conformam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente. (...). Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim de fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra ordem do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo”. (PASSOS, op. cit., p. 81 e 95).

³³² Assim, de acordo com V. Denti, a participação na administração da justiça pode seguir três modelos: “a) a participação como instrumento de garantia, correspondendo à evolução do Estado liberal e tendo sua manifestação mais saliente na instituição do júri; b) a participação como instrumento de transformação, com a função criadora do direito por parte dos órgãos jurisdicionais, exercida sobretudo nos momentos de profundas transformações econômicas-sociais, e que CALAMANDREI reconduzia, em seu luminoso estudo de 1920, às categorias gerais da jurisdição segundo equidade; e c) a participação como instrumento de controle, moderna versão da justiça de tipo corporativo do antigo regime, que atua mediante a participação das categorias sociais representadas na solução das controvérsias, numa espécie de co-gestão das lides, atingindo finalidades de fiscalização e absorção de tensões e conflitos sociais”. (DENTI. Giudice onorario e giudice monocratico nella riforma della giustizia civile, in Riv. dir. proc., 1978, PP. 616-7. *Apud*, GRINOVER. **A conciliação extrajudicial...**, p. 286).

³³³ Conforme anota Vescovi: “La presencia – aunque sea eventual – del pueblo, en la (principal) actividad jurisdiccional, constituyen, a nuestro juicio, por su sola posibilidad, una manera eficaz, primero, de conocer a sus jueces de interiorizans a de cómo se realiza esta tan transcendente actividad gubernativa del Estado y, en su función educadora, implica una preparación indispensable para cuando se quieran implantar otras formas de participación”. (A presença – ainda que eventual – do povo, na (principal) atividade jurisdiccional, constitui, em nossa opinião, apenas pela sua possibilidade, uma maneira eficaz, primeiro, de conhecer intimamente os seus juizes e como se realiza esta transcendente atividade governativa do Estado e, em sua função educadora, implica uma preparação indispensável para quando se quiser implantar outras formas de participação. – tradução livre) (VESCOVI, op. cit. p. 379).

³³⁴ GRINOVER. **A conciliação extrajudicial...**, p. 288.

Assim, se no campo político a participação popular atua como garantia e controle do exercício jurisdicional, no campo social, Kátia Duarte de Castro destaca a maior identificação da população com a figura dos juízes leigos e uma maior aproximação do julgamento ao entendimento de reprovabilidade social. Por fim, a participação popular na administração da justiça ainda pode servir como freio a evitar uma sobrecarga do aparelho judiciário³³⁵.

A participação popular ocorre na seara penal tanto na fase **investigativa** (notícia crime dada pelo particular à autoridade policial nos crimes de ação penal pública condicionada ou incondicionada; indicação de elementos de prova; interposição de recurso administrativo ao Chefe de Polícia ou requerimento ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário para a abertura de investigação policial), quanto na fase **judicial** (através da ação penal privada, exclusiva ou subsidiária da pública; ingresso como assistente de acusação; e ainda participação na produção das decisões judiciais no julgamento dos crimes dolosos contra a vida exercendo a função de jurado, ou, como conciliadores no Juizado Especial)³³⁶ e ainda na fase **executória** através dos Conselhos da Comunidade³³⁷.

³³⁵ CASTRO, Kátia Duarte. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 39-40. A falta de aperfeiçoamento do Poder Judiciário e a crise que levam a obstrução de suas vias de acesso e que acarretam o descrédito da instituição, são denunciadas por Grinover: “A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz; a falta de informação e orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os ‘justiceiros’).” (GRINOVER, 1988, p. 278).

³³⁶ É o que anota Fauzi Hassan: “a) A participação popular refletida na iniciativa da ação penal. Neste ponto, falar-se-ia de ampliação da legitimação ativa na propositura das ações, através da ampliação da legitimação extraordinária (concorrente ou exclusiva), como a ação penal privada subsidiária da pública; b) Participação popular na forma de controle de arquivamento das investigações criminais, com a adoção de meios ampliativos da provocação de controle hierárquico previsto hoje no art. 28 do CPP apenas ao magistrado togado; c) Participação popular na produção das decisões judiciais. Neste ponto, entram em cena a abordagem do papel do julgador leigo junto ao Tribunal do Júri e o renascimento da participação não profissional na modalidade de conciliadores junto ao Juizado Especial de Pequenas Causas por força de preceito constitucional.” (CHOUKR, 2009, p. 02). No mesmo sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. *Necessidade da participação popular para a efetividade da justiça criminal*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 352.

³³⁷ Nos termos do artigo 4º da Lei de Execução Penal, “o Estado deverá recorrer à cooperação a comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. Nesse sentido, destaca-se a atuação do Conselho da Comunidade (LEP, art. 61, VIII) cuja função é regulamentada nos artigos 80 e 81 da Lei de Execução Penal.

Por meio da jurisdição prestada perante o Tribunal do Júri, a democracia popular encontra sua expressão institucionalizada³³⁸ e, conforme ressalta Grinover, atua como um **coeficiente social de pacificação**, vez que as decisões tomadas pela população são por vezes melhor aceitas do que aquelas tomadas pelo magistrado, “mais distante, por mentalidade e burocratização, dos consociados”³³⁹.

Os juízes leigos não são vinculados ao critério, por vezes cego e trôpego, da letra fria da lei, sendo livres para examinar o fato de acordo com a sua reprovabilidade. Assim, conforme já assinalado pelo eminente René Ariel Dotti, os debates e julgamentos pelo júri constituem “**formas democráticas de acesso do cidadão para a prestação da justiça e um dos meios didáticos de prevenção e de repressão da violência e da criminalidade**”³⁴⁰.

Mas se identificamos o processo como uma forma de participação popular, não podemos esquecer que o procedimento a ser seguido, - que por vezes trilha o dilema da segurança da ordem social *versus* a segurança da liberdade individual³⁴¹ - deve espelhar as normas constitucionais e suas formalidades entendidas como freio e limite do poder punitivo estatal. Nesse sentido:

“As leis do processo são o complemento necessários das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fôssem deixadas ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiças e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos juízes, nunca deixaram ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões”.³⁴² (sic)

Diante disso, a participação popular na seara jurisdicional não deve ser burocrática a ponto impossibilitar a inteligência do leigo e tampouco deve olvidar as garantias mínimas para um julgamento justo e imparcial. Para tanto, a

³³⁸ Cf. VIVEIROS, op. cit., p. 58.

³³⁹ GRINOVER, op. cit., p. 9.

³⁴⁰ DOTTI, 2009, p. 198.

³⁴¹ Após dissertar que o Poder Judiciário é constituído para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantam a inviolabilidade dos direitos individuais, Almeida Júnior identifica que o primeiro interesse social é a “segurança da ordem social, porque o indivíduo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade; o primeiro interesse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos. Êstes dois interêsses igualmente sagrados, igualmente poderosos, exigem garantias formais; o interêsse da sociedade, que quer a justa e pronta repressão dos delitos; o interêsse dos acusados, que é também um interêsse social e que exige a plenitude da defesa”. (ALMEIDA JÚNIOR. João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**, 4 ed. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.: 1959, p. 12)

³⁴² ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 13.

Constituição Federal traça os princípios informadores do julgamento perante o Tribunal do Júri, os quais, atrelados ao recente aperfeiçoamento instrumental-processual, otimizaram e tornaram ainda mais democrática a participação popular no seio do Poder Judiciário.

6.2.1. Dos requisitos constitucionais do Tribunal do Júri e a da possibilidade de ampliação da sua competência.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 reza em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), artigo 5º, inciso XXXVIII, que:

“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”;

A partir do mandamento constitucional, visualiza-se que o júri pode ser identificado como um órgão de natureza constitucional para a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana³⁴³, como instrumento de participação direta do povo no poder (CF, art. 1º, I e II), ou, ainda, uma garantia fundamental³⁴⁴

³⁴³ “Sintomática a sua localização pelo legislador constituinte dentre os direitos e garantias individuais, pois, historicamente visto e aceito como órgão de defesa dos mais essenciais direitos da pessoa humana: a vida e a liberdade, e concebido como legítima forma de participação democrática do cidadão na função estatal de julgar, o Júri funciona, como de resto sucede em relação aos demais direitos e garantias fundamentais, como fator de limitação ao poder do Estado, de acordo com a tendência das constituições modernas no mundo ocidental”. (VIVEIROS, op. cit., p. 51)

³⁴⁴ De acordo com Nucci, o Tribunal do Júri deve ser identificado como uma garantia e direito humano fundamental formal e não material. “Em hipótese alguma, pode-se considerá-lo garantia individual essencial. Nos países em que não há júri – e são muitos – também é viável substituir um Estado Democrático de Direito. Juízes togados imparciais promovem o julgamento de pessoas acusadas da prática de delitos. Alíás, fosse ele um tribunal indispensável à democracia, deveria julgar muito mais que os crimes dolosos contra a vida. Possivelmente, haveria de deliberar sobre todos os crimes existentes no ordenamento pátrio.” (NUCCI, op. cit., p. 39).

(individual e social) de ser julgado autonomamente pelo tribunal popular nos casos de sua competência³⁴⁵.

Uma vez inserido no capítulo dos Direitos e Garantias individuais e Coletivos da Carta Magna, o Tribunal do Júri não pode ser abolido, vez que compreendido no núcleo intangível e imodificável da Constituição. Resta assim preservado de qualquer tipo emenda que vise a sua abolição, “como também devem ser acoimadas de inconstitucionais quaisquer leis que, embora nominalmente preservem a instituição no seu conteúdo, retiram-lhe substância e poder, esvaziando-a”³⁴⁶.

Contudo, apesar de restar inserido no capítulo dos direitos e garantias individuais (fato que se tornou uma constante a partir da Constituição Federal de 1946), o Tribunal do Júri não deixa de ser um órgão do Poder Judiciário, pois, de igual maneira que o juiz togado, aplica o direito ao caso concreto e o jurado se encontra vinculado às mesmas exceções de suspeição e impedimento impostas ao magistrado (CPP, arts. 448 e 449), podendo, inclusive, ser responsabilizado criminalmente como se juiz togado fosse (CPP, art. 445). “A única diferença é que o júri é um tribunal *especial*, porque o constituinte o elevou à categoria de *garantia* individual, tendo por fim estabelecer que o devido processo legal culpa, em determinados casos, somente se pode fazer por seu intermédio”³⁴⁷.

³⁴⁵ Conforme anota Viveiros (2003, p. 03): “(...) a despeito de ser o Júri um órgão estatal, visto que o Estado o institucionaliza, dispondo sobre as suas regras estruturais e de funcionamento através de lei, aparelhando-o instrumentalmente no Poder Judiciário, essa jurisdição popular exerce importante papel no quadro de uma democracia semidireta, funcionando como mecanismo de exercício direto de parcela do povo na jurisdição, presentemente no que concerne aos processos por crimes dolosos contra a vida”.

³⁴⁶ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**. Teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 07-08.

³⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri. Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira: 1999, p. 59. Conforme anota Marques Porto, a Constituição Federal deveria ter cravado o Tribunal do Júri no âmbito do Poder Judiciário, porém, resguardando o direito de ser jurado como uma garantia individual do cidadão: “(...) É forçada a presença da instituição do Júri no rol dos direitos primeiros e naturais do homem, necessário à integral dignidade na vida social, especialmente quando o exercício da atividade jurisdicional está equacionado por garantias constitucionais. Mesmo em período de eclipses da plenitude democrática, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e tradicionalmente entregues à competência da Jurisdição Penal ordinária não sofre restrições maiores ou interferências; todavia, é observável que nos mesmos períodos o combate à instituição do Júri recebe reforços, e assim acontece certamente porque na sessão de julgamento existem tribunais livres e, por isso mesmo, públicas. Deve, então, o Tribunal do Júri, e feita a observação da causa da omissão enumerativa, ter sua localização dentre os órgãos que exercem a Justiça Penal ordinária: Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Tribunais Regionais Federais e juízes federais; juízes e Tribunais dos Estados; Tribunal do Júri. (...). Hoje, com a especialização do exercício da Magistratura, e estando a atividade jurisdicional penal envolvida por institutos constantemente observados pela doutrina na procura de aprimoramento, a instituição do Júri perde seu conteúdo de direito individual, mas, por atenção às suas origens, e sendo reconhecido

O Tribunal do Júri é um órgão da jurisdição comum, fato que igualmente se ilustra na hipótese de concurso entre crime de sua competência e a de outro órgão da jurisdição comum. Por força do disposto no art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal, o júri exercerá um *vis attractiva* e será o órgão competente para o julgamento de ambos os crimes³⁴⁸. Ademais, os recursos das decisões do Tribunal do Júri são apreciados pelos tribunais togados (CPP, art. 593, III) e suas decisões podem ser anuladas quando manifestamente contrária às provas dos autos.

Dessa forma, o Tribunal do Júri não pode ser visualizado como um “órgão anômalo, distinto do Judiciário e das demais funções essenciais do Estado, como se tivesse vida própria e pairasse acima da organização dos poderes”³⁴⁹. Conforme anota Nucci:

“É preciso recordar que o júri foi considerado órgão do Poder Judiciário já na primeira Constituição brasileira (1824) e assim foi tratado na Constituição de 1934. Mesmo quando não constou dentre os órgãos do Judiciário na Carta de 1937, o Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Decreto n. 167/38, apressou-se em dizer que o júri continuava como órgão do Judiciário, mesmo que o art. 90 tenha a ser respeito silenciado. O fato, pois, de ter sido deslocado nas Constituições de 1891, 1946, 1967 (1969) e 1988 para o contexto dos direitos e garantias individuais quis unicamente sinalizar para uma decisão política, conforme já visto, e não para uma alteração de sua natureza jurídica, que é e sempre foi de órgão do Poder Judiciário”³⁵⁰.

Trata-se de um órgão permanente de jurisdição popular onde seus juízes (de fato) são recrutados diretamente do povo³⁵¹, sem a necessidade de

que nossa tradição sensibilizou a nossa consciência jurídica quanto à necessidade de permanência da vida da instituição do Júri com a competência hoje a ele atribuída, referência constitucional, de uma parte, caberia com a enunciação do Tribunal do Júri dentre os órgãos que exercem o Poder Judiciário, e, de outra parte, com a enunciação, na relação dos direitos individuais, do direito de o cidadão ser jurado”. (PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**. Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionário, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28-30)

³⁴⁸ Trata-se, inclusive da orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal: “(...) É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a competência penal do Júri tem base constitucional, estendendo-se - ante o caráter absoluto de que se reveste e por efeito da *vis attractiva* que exerce - às infrações penais conexas aos crimes dolosos contra a vida. Precedentes. (...). (RHC 98731, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-02 PP-00357). No mesmo sentido: “ (...) A competência penal do Júri possui extração constitucional, estendendo-se - ante o caráter absoluto de que se reveste e por efeito da *vis attractiva* que exerce - às infrações penais conexas aos crimes dolosos contra a vida. (...). (HC 74295, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 22-06-2001 PP-00023 EMENT VOL-02036-01 PP-00144).

³⁴⁹ NUCCI, op. cit., p. 60.

³⁵⁰ Ibid., p. 61.

³⁵¹ Dissertando sobre a natureza política e democrática do Tribunal do Júri, bem como, ressaltando que os jurados representam o próprio povo exercendo a sua condição de titular do poder político, destaca-se a pena de Tubenchlak (1999, p. 09): “Em nosso pensar, o Júri não exerce

qualquer concurso, atributo técnico, jurídico ou indicação política. “Os cidadãos comuns são investidos do poder de julgar num órgão institucionalizado pelo Estado como consequência da própria cidadania numa prerrogativa inerente à soberania popular”³⁵². Trata-se, assim, do exercício direto da democracia pelo cidadão-jurado no âmago do Poder Judiciário³⁵³.

O júri é cercado por quatro princípios inderrogáveis: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A plenitude de defesa, nada mais represente que uma potencialização da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), considerada como o “(...) exercício de uma defesa irretocável, sem qualquer arranhão, calcado na perfeição – logicamente dentro da natural limitação humana”³⁵⁴.

Partindo do pressuposto de que plenitude de defesa é algo mais amplo, completo, perfeito, Silva Júnior destaca que:

“(...) deve-se entender que o constituinte quis dizer algo mais quando deu a garantia de defesa no inciso XXXVIII do art. 5º da Carta Magna, máxime pelo fato de ele ter se utilizado de outra expressão, qual seja, a plenitude de defesa. Mas não é só. O princípio da plenitude de defesa está no inciso XXXVIII, enquanto o

qualquer representação ou mandato do povo; os Jurados são o próprio povo, exercendo, com soberania, o poder decisório, em sua condição de titular do poder político (arts. 1º, parágrafo único, e 14 da Constituição Federal). Nesse tocante, a prelação de Nagib Slaibi Filho (1989, p. 8) é irrepreensível: após conceituar a democracia direta e a democracia indireta ou representativa, discorre sobre a democracia mista, participativa ou plebiscitária, ‘a forma que mais tem fascinado os grandes movimentos sociais do pós-guerra, pois as grandes decisões ficam por conta do titular do poder. A Constituição e as leis prevêem a existência de instituições como o Júri, plebiscitos, referendos, iniciativa legislativa popular (exemplo: o Regimento da Constituinte permitiu que 30.000 cidadãos apresentassem projetos), julgamento de escabinato (como se prevê, no Brasil, para a Justiça Militar Federal e Estadual), participação de entidades da sociedade civil em órgãos colegiados administrativos, autonomia de entidades corporativas como sindicatos e órgãos profissionais (como a Ordem dos Advogados do Brasil), autonomia universitária, direito de ação para a tutela de interesses transindividuais etc’. Diga-se mais: o Júri não é órgão do Poder Judiciário; assim, não se submete à imposição constitucional de fundamentas suas decisões (art. 93, IX, da CF); é órgão político, como afirmara Rui, e não meramente um órgão estatal que deva, pela fundamentação, prestar contas de seus atos. Os Jurados são cidadãos exercendo sua cidadania, tal como sucede no momento do exercício do voto”.

³⁵² VIVEIROS, op. cit., p. 77.

³⁵³ Conforme anotado por Tubenchlak (1999, p. 09), “alinhá-lo [o Tribunal do Júri] entre as garantias individuais, ou na parte do Poder Judiciário, não é mera questão de semântica, como pode parecer à primeira vista, pois a democracia participativa implica, entre outras coisas, atuação popular, diretamente em relação aos Três Poderes, o que consubstancia sem dúvida, um direito a ser garantido na Carta Magna”.

³⁵⁴ NUCCI, 1999, p. 140. E, continua: “Um tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa acima da média e foi isso que o constituinte quis deixar bem claro, consignando que é qualidade inerente ao júri a plenitude de defesa. Durante a instrução criminal, procedimento inicial para apreciar a admissibilidade da acusação, vige a *ampla defesa*. No plenário, certamente que está presente a ampla defesa, mas com um toque a mais: precisa ser, além de ampla, *plena*. (Id). O autor identifica a possibilidade de aplicação prática do referido princípio na possibilidade de inovação na tréplica

da ampla defesa no LV, ambos do art. 5º da Constituição, de modo que, por evidência lógica, o primeiro não poderia servir para reforçar o segundo, quando muito, o contrário”³⁵⁵. (p. 327).

O sigilo das votações³⁵⁶ é uma garantia do cidadão-jurado contra qualquer tipo de pressão que possa sofrer no ato de julgar, pois, ao contrário do juiz togado, não dispõe de garantias como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (CF, art. 95, I, II e III). Destaco:

“(...) os jurados, cidadãos comuns e sem qualquer garantia real, se tivessem que declarar o seu voto, ver-se-iam expostos à presença de todos no momento de julgar, perdendo as condições de tranquilidade necessárias para uma decisão serena e refletida, da máxima importância para a sorte do réu e da coletividade. Daí porque o constituinte, sabidamente, muito embora admitindo a publicidade do julgamento popular como garantia de transparência e de democracia, concomitantemente impôs a observância do sigilo no momento das votações”³⁵⁷.

Segundo adverte Silva Jr.:

“longe de afrontar o princípio da publicidade, a reunião em sala especial com a possibilidade da presença apenas das pessoas indicadas na lei e as regras sobre a apuração dos votos servem para fornecer os meios necessários para manter a imparcialidade dos jurados e a soberania dos veredictos, que se incluem dentre as cláusulas retoras dessa espécie de processo. (...) A despeito de a votação ser dada na sala secreta e lá ser elaborada a sentença pelo juiz togado – que é quem, afinal, dá forma ao que foi decidido pelo corpo de jurados e faz, se for o caso, a dosagem da pena -, tem-se por cumprida a cláusulas da publicidade com a leitura da sentença em plenário. A publicidade aqui se refere ao resultado, não ao julgamento em si”³⁵⁸.

Dissertar sobre o princípio da “soberania dos veredictos” no Tribunal do Júri é dos temas mais complicados face a sua mutação no decorrer da histórica³⁵⁹ e a própria complexidade que o termo (“soberania”) carrega. Contudo,

³⁵⁵ SILVA JR., Walter Nunes. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri. São Paulo: Renovar, 2009, p. 327.

³⁵⁶ “Há uma discussão, atualmente superada pela ampla maioria tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, a respeito da constitucionalidade da sala especial para votação. Alguns poucos sustentam que ela feriria o princípio constitucional da publicidade, previsto tanto no art. 5, LX, quanto no art. 93, IX. Ocorre que o próprio texto constitucional – em ambos os dispositivos – menciona ser possível limitar a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social ou público assim exigirem” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 29-30).

³⁵⁷ VIVEIROS, op. cit., p. 20.

³⁵⁸ SILVA JR., op. cit. p. 332. No tocante a ausência de motivação das decisões dos jurados, o destacado autor assevera que a “peculiaridade de o julgamento ser feito por juízes leigos é justificativa para essa ressalva, que se completa com a regra da soberania dos veredictos, princípio ínsito ao *devido processo legal* previsto para o tribunal do júri” (Ibid. p. 333).

³⁵⁹ Conforme ressalva Viveiros, “embora o júri tenha sido constitucionalizado pela primeira vez por meio da Carta Magna Imperial de 1824, o reconhecimento expresso de sua soberania só veio a ocorrer na Carta Política de 1946, que a reinseriu dentre os direitos e garantias individuais”. (VIVEIROS, op. cit., p. 21-22). Recorde-se, ainda, que enquanto a Constituição de 1967

no tocante ao objeto de estudo, devemos entendê-la como a impossibilidade de revisão das decisões do júri por qualquer outro órgão do Poder Judiciário³⁶⁰ ou do Estado:

“(…). Visou-se impedir que o conteúdo das decisões do órgão do povo pudesse ser modificado pelos juízes profissionais. Esta, inegavelmente, foi a intenção, visto que essa garantia, sempre reivindicada como essencial à instituição pela maioria da doutrina, historicamente sempre foi alvo dos tribunais, que sistematicamente, mesmo na presença do texto constitucional expresso, desferem-lhe, vez ou outra, duros golpes, anulando e revendo suas decisões, a pretexto diversos, dentre eles o de reconhecer nulidades formais na quesitação”³⁶¹.

É de todo necessário lembrar que a decisão dos jurados é despida de fundamentação e que tal característica guarda relação direta com a ideia de soberania dos veredictos populares e da liberdade de decisão de acordo com a consciência de cada jurado membro do Conselho de Sentença³⁶². Trata-se, como bem recorda o Prof. René Ariel Dotti, de uma liberdade espiritual do jurado e meio para a revisão e revogação de leis injustas e nulas³⁶³.

(art. 150, §8º) mantinha o princípio da soberania dos veredictos, pouco tempo depois, a Emenda nº 01, de 1969 deixava de fazer menção ao mesmo (art. 153, §18). Nessa época, o princípio da soberania dos veredictos apenas foi mantido graças à força da jurisprudência e da doutrina, pois, segundo Rui Barbosa, “garantir o júri, não pode ser garantir-lhe o nome. Há de se garantir-lhe a substância, a realidade, o poder”.

³⁶⁰ Os jurados decidem de acordo com a sua consciência e não segundo a lei (CPP, art. 472). “Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredicto, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invadir o veredicto proferindo outro, quanto ao mérito” (NUCCI, 2008, p. 32). O mesmo autor, agora citando Antonio José M. Feu Rosa, assevera: “(...) Se para ser legítima uma atribuição qualquer da soberania devesse ser exercida duma maneira infalível, não haveria soberania possível” (Ibid., p. 33).

³⁶¹ VIVEIROS, op. cit., p. 23-24.

³⁶² A despeito da regra prevista na CF/88, art. 93, IX, as decisões tomadas pelos jurados são desprovidas de motivação, sem que se fale em nulidade do *decisum*. Segundo nos lembra Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, a “fundamentação da decisão importa aos órgãos técnicos do Poder Judiciário – não ao Tribunal do Júri, cujos membros são de dispare origem, cultura e profissão -, não os obrigando e nem podendo fazê-lo, sob pena de arrebatarse a garantia da soberania. Expressão dessa qualidade não é apenas a imodificabilidade do decidido, salvo por outro Júri – o que de resto é excepcionado, e mal, pelo instituto da revisão criminal -, mas também a liberdade de decidir segundo a convicção íntima, em sigilo, e, portanto, sem o dever de expressar os motivos do convencimento. O Júri, no ato de votarem os jurados, não se assemelham aos colegiados judiciais, constituídos de juízes revestidos de amplas garantias para que profiram decisões imparciais e independentes, mesmo quando emitam voto em julgamento público. Os jurados, ao reverso, julgam de acordo com o seu livre convencimento, de modo que o voto pode até ir além do afirmado e provado; e votam sem responsabilidade pelo voto emitido – na expressão de Pontes de Miranda – ‘são executores, no momento, de poder estatal do povo’” (LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Do sigilo e da incomunicabilidade no júri. In: TUCCI, Rogério Lauria (Org). **Tribunal do Júri, estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.280).

³⁶³ “No plano da justiça criminal o voto de consciência caracteriza uma das expressões da liberdade espiritual e, também, a abertura de novos caminhos para a revisão ou a revogação de leis injustas e leis nulas” (DOTTI, René Ariel. A reforma do procedimento do júri.

Contudo, a despeito de ser qualificada como “soberana”, a decisão dos jurados não está imune a erros, pois, apesar de serem solenemente exortados a decidir de acordo com suas consciências e os ditames da justiça (CPP, art. 472), os jurados são seres humanos falíveis como quaisquer outros. Assim, quando decidirem de forma manifestamente contrária à prova dos autos – advertência que inclusive consta da redação do artigo 385 do PLS n. 156/2009³⁶⁴ – caberá revisão do julgado, para possibilitar-se seja o acusado submetido a novo julgamento pelos seus pares.

Dessa forma, o princípio da soberania dos veredictos sofre atualmente certa mitigação diante da possibilidade de apelação das decisões do Conselho de Sentença e anulação do julgamento quando a decisão se mostrar manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”)³⁶⁵ e igualmente em face do próprio instituto da revisão criminal.

O texto constitucional menciona ser assegurada a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos (tentados ou consumados) contra a vida. Trata-se de verdadeira **cláusula de reserva** que fixa a **competência mínima**, eis que, conforme adverte Nucci, se “deixado à lei ordinária a tarefa de estabelecê-la, seria bem provável que a instituição desaparecesse do Brasil”³⁶⁶.

Interpretando o mandamento constitucional, evidencia-se que “o acusado só pode ser condenado, quando se tratar de crime doloso contra a vida, se

Projeto de Lei 4.900, de 1995. In TUCCI, Rogério Lauria (Org). **Tribunal do Júri**, estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 318).

³⁶⁴ “Art. 385. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão **de acordo com a prova dos autos, a vossa consciência e os ditames da justiça.**” Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: ‘Assim o prometo.’ (...)”. (grifei).

³⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal tem considerado não haver afronta à norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos do tribunal do júri no julgamento pelo tribunal *ad quem* que anula a decisão do Conselho de Sentença sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos (HC 73.721/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.96; HC 74.562/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.12.96; HC 82.050/MS, rel. Min. Maurício Correa, DJ 21.03.03), destacando que o sistema recursal relativo às decisões tomadas pelo tribunal do júri é perfeitamente compatível com a norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos (HC 66.954/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 05.05.89; HC 68.658/SP, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 139:891, entre outros). Ainda no mesmo sentido: RHC 93248, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-03 PP-00486; e ainda HC 88707, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-03 PP-00424 RTJ VOL-00207-03 PP-01141.

³⁶⁶ NUCCI, 2008, p. 34.

o julgamento for realizado pelo Tribunal do Júri. Assim, não há nenhuma incompatibilidade com a regra constitucional a previsão de que o juiz togado pode impronunciar ou absolver sumariamente o acusado.”³⁶⁷

Segundo a melhor exegese do texto constitucional, a competência do Tribunal do Júri - por ser um direito e garantia individual e coletivo -, pode ser ampliada por lei ordinária³⁶⁸ possibilitando-se, inclusive, o julgamento de outros crimes, tais como os culposos que revelem “características e violações a direitos e interesses imediatos da população”³⁶⁹. Servem de exemplo os delitos de trânsito, os crimes contra o meio ambiente, contra o consumidor e contra a economia popular”³⁷⁰.

Para Grinover, os julgamentos pelo Tribunal Popular deveriam abranger crimes que lesam interesses de grupos, como, por ex., os crimes ecológicos e os denominados de colarinho branco.³⁷¹

De acordo com Streck, “considerando-se o Tribunal do Júri como um importante mecanismo de participação popular – participação essa que não pode ser meramente retórica – não há qualquer óbice no sentido de o legislador

³⁶⁷ SILVA JR., op. cit. p. 334-335.

³⁶⁸ Dissertando sobre a competência atribuída pela Constituição Federal ao Tribunal do Júri, destacam Bonfim e Neto: “Trata-se, à evidência, de competência mínima, podendo as leis ordinárias aumentar seu âmbito de atuação, atribuindo ao Tribunal Popular a competência para conhecer e julgar delitos, respeitadas as normas constitucionais”. (BONFIM; PARRA NETO, op. cit, p. 02).

³⁶⁹ Nesse sentido: HAMILTON, Sergio Demoro. **O procedimento do júri em face da reforma do processo penal (III)**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 82-100, fev/mar, 2010, p. 83.

³⁷⁰ DOTTI, 2009, p. 197. Dissertando sobre a possibilidade de ampliação da competência do Tribunal do Júri para o julgamento de outros crimes, bem como, manifestando sua insatisfação contra as críticas lançadas diante da atuação dos juízes leigos, o pranteado René Dotti assim se manifesta: “A Constituição de 1988 não apenas manteve a instituição do Júri, atribuindo-lhe o julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, como ampliou a possibilidade de competência para outras hipóteses de infrações (art. 5º, XXXVIII). (...). São inconsequentes e desviadas de objetivos práticos as manifestações contrárias à existência e ao funcionamento do Júri. Não se questiona a necessidade da especialização da magistratura como um dos roteiros para se alcançar a prestação adequada à complexidade de um grande número de casos concretos. Esta exigência é agravada frente à multiplicidade das normas jurídicas, que se elevam a patamares quase infinitos, e o desdobramento dos ramos tradicionais de direito em ‘departamentos’ muitas vezes fluidos e meramente retóricos. Mas, quando se trata de crimes contra a vida, cujo objeto jurídico é concebido com clareza e os tipos de ilícitos são taxativos, não se justifica o preconceito para com os juízes leigos. (...)”. (DOTTI, **Anteprojeto do júri**, p. 271). Assim, conforme anota o renomado Prof. Ariel Dotti: “A leitura do texto revela que essa competência poderá ser ampliada para o processo e julgamento de outros ilícitos penais que justifiquem a atuação do tribunal popular. São exemplos de tal possibilidade os delitos de trânsito, os abusos praticados através dos meios de comunicação (os chamados crimes de imprensa), as infrações contra o consumidor e a economia popular, para fircarmos com algumas hipóteses”. (DOTTI, René Ariel. **Temas de processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 87, v. 748, pág. 468/477, fev/1998, p. 471)

³⁷¹ GRINOVER, 1989, p. 16.

ordinário incluir, no campo de sua abrangência outros crimes (...). Para tanto, o referido autor enumera os seguintes crimes:

“a) crimes contra a economia popular, conforme já estava previsto na Lei n. 1521/51, bem como os hoje previstos no novo Código do Consumidor; b) crimes de sonegação fiscal e os demais cometidos contra o erário público, como os de improbidade administrativa (art. 37, §4º, da CF) e os de corrupção. (...) c) crimes contra o meio ambiente. (...). d) crimes patrimoniais violentos e com resultado morte – roubo, extorsão e extorsão mediante seqüestro”³⁷².

Afrânio Jardim sustenta a ampliação da competência do Tribunal do Júri para a apreciação dos tipos penais que exijam a valoração de elementos culturais, bem como para os crimes que ponham em risco concreto ou causem dano a bens ou interesses coletivos ou difusos.

Frederico Marques, por sua vez, admite a ampliação para o julgamento de crimes políticos, pois, “desvinculado de compromisso com o governo e com amplo campo para julgar sendo a íntima convicção, o juiz popular apreciaria o caso fora dos padrões legais emanados daqueles contra quem se rebelou o delinqüente (...)”³⁷³.

Tubenchlak admite a ampliação da competência do júri para os delitos patrimoniais violentos e com resultado morte e atos criminosos de improbidade administrativa³⁷⁴.

Na maioria dos crimes identificados pela doutrina, verifica-se que o julgamento poderia ser realizado com eficiência pelo juiz leigo, vez que não se exigiria dele nada mais do que o seu próprio conhecimento de vida, de sua experiência e vivência social³⁷⁵, da qual, por vezes, é desprovido o juiz togado. É o que destaca Mittermaier ao refletir sobre os jurados e sua relação com o sistema de provas:

³⁷² STRECK, op. cit., p. 169.

³⁷³ Id.

³⁷⁴ TUBENCHLAK, op. cit., p. 10.

³⁷⁵ Após admitir a ampliação da competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes diversos, João Gualberto Garcez Ramos identifica alguns casos que, diante de suas características próprias, tornariam inconveniente o julgamento popular. São eles: a) os crimes de altíssima complexidade probatória (para o autor, “seria inconveniente, por exemplo, deferir aos jurados o conhecimento e julgamento de causas que impliquem em detido exame de vasta prova documental. As características do júri tornariam por demais complicado submeter essas provas aos jurados”); b) casos que tenham enorme incidência estatística (nessa hipótese, tornariam “extremamente difícil administrar a pauta de julgamentos pelo júri, sempre mais longa que em um julgamento por órgão judicial singular); c) caso de ínfimo valor, pois, aqui seria evidente a inconveniência de convocar o júri para apreciá-lo; e, d) relações jurídicas continuativas que exijam sentenças sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus* (“no caso criminal, está claro que não seria economicamente racional estabelecer como da competência do Tribunal do Júri o conhecimento dos incidentes da execução penal”).(RAMOS, op. cit., p. 286).

“Los mismos adversários del Jurado convienen em que el Juez ordinário, a quien sus tareas y su vocación ponen en comunicación diaria mucho más con los libros que con los hombres, acaba muy e menudo por revestirse de ciertas singularidades de carácter que se acercan a sistemas exclusivos; llega algunas veces a comprender mal las interioridades de la vida, y su muy corta experiencia no le enseña a a juzgar con seguridad, como debería hacerlo del valor de las pruebas alegadas. Al contrario, los jurados, que viven continuamente en mutuas relaciones con sus conciudadanos, y a cada instante registran las lecciones de la experiencia, pueden mucho mejor decidir sobre hechos y circunstancias que la vida cotidiana les enseña a apreciar debidamente. Tomemos por ejemplo el caso em que se tratara de precisar hasta qué punto podría darse crédito a un testigo anteriormente condenado por crimen, o de decidir si un niño posee el discernimiento suficiente”³⁷⁶.

Ademais, a despeito de qualquer alteração legislativa superveniente, o júri já possui competência para julgar os crimes conexos praticados com relação aos tipos de sua competência natural, exercendo assim a chamada *vis attractiva*, fato que por si só já fomenta, senão justificaria, a ampliação de sua esfera de julgamento

A necessidade de ampliação da competência do Tribunal do Júri ainda guardaria consonância com a ideia de busca e verdadeira implementação do sistema acusatório em nosso país, vez que seu procedimento desde já se coaduna aos princípios da acusação, da audiência, do contraditório, da oralidade, da imediação, da concentração, da identidade física do juiz, da publicidade, etc. E, de outro lado, o “júri tem a qualidade de apresentar-se como verdadeira ‘escola de cidadania’”, pois, “contribui para diminuir uma espécie de indiferença da população em geral relativamente ao processo criminal”³⁷⁷.

Dessa forma, constatando-se a subutilização do Tribunal Popular, vislumbra-se ser o mesmo importante válvula propulsora da democracia deliberativa que, se não esquecido, traz pronto consigo o procedimento necessário ao atendimento de uma justiça criminal verdadeiramente democrática.

³⁷⁶ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado de la prueba en matéria criminal**. 7º ed. Madrid: Hijos de Reus, Editores, 1916, p. 83: “Estes mesmos adversários do júri concordam que o juiz ordinário, a quem o seu trabalho e sua vocação o colocam em comunicação diária com mais livros do que com os homens, acaba muitas vezes por revestir-se de certas singularidades de caráter que se aproximam a sistemas exclusivos; chega algumas vezes a compreender mal as interioridades da vida, e sua pequena experiência não lhe ensina a julgar com segurança o valor das provas apresentadas. Ao contrário, os jurados, que vivem continuamente em mútuas relações com seus concidadãos, e a cada instante aprendem lições de experiência, podem muito melhor decidir sobre os fatos e circunstâncias que a vida cotidiana os ensina a apreciar debidamente. Utilizemos por exemplo o caso onde se trata de avaliar até que ponto poderia ser dado valor a uma testemunha anteriormente condenada por um crime, ou de decidir se uma criança possui discernimento suficiente.” (tradução livre).

³⁷⁷ Cf. RAMOS, op. cit., p. 287.

6.2.2 Do alistamento dos jurados e a busca pela perfeita representatividade da sociedade.

A liberdade positiva e igualdade política são elementos essenciais ao conceito de democracia, pois, se é certo que o poder originário repousa no povo, não podemos olvidar que este poder deve ser distribuído igualitariamente em toda comunidade, na forma de quotas iguais de participação no processo político de decisão³⁷⁸.

Dessa forma, sendo o Tribunal do Júri um instrumento de justiça popular, deve a seleção dos jurados ser a mais ampla possível, de forma a abranger tanto os grupos ocupacionais, quanto os descendentes das várias etnias que compõem a sociedade, sob pena de ferir-se de morte o próprio Estado Democrático de Direito³⁷⁹.

Deve-se refutar toda e qualquer escolha preconceituosa, segregacionista ou elitista na formação da lista geral de jurados. A ideia de que os jurados devem ser escolhidos “entre homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”, ou, que possuam determinada capacidade econômica, deve ser substituída e adequada ao novo estado brasileiro, onde a igualdade e a devida representatividade social (*cross section*) devem ser as guias mestras para a composição do Conselho de Sentença³⁸⁰.

Visto sob um outro ângulo, “o que as listas de jurados nos dizem, em última instância, é quem são os principais guardiões da ordem pública, dos valores estabelecidos, as pessoas respeitáveis, *que detêm o poder de decidir se a quebra de uma regra básica de relacionamento entre as pessoas pode ou não ser considerada legítima, e em que termos*”³⁸¹. Com isso, identifica-se que a subsunção do Tribunal do Júri em um verdadeiro instrumento de soberania popular, encontra-se atrelada a uma verdadeira representação da sociedade.

³⁷⁸ “Em um regime verdadeiramente democrático o direito de participação encontra-se estendido, sem qualquer tipo de discriminação, ao maior número possível de membros adultos da comunidade.” (URGATE, op. cit., p. 95)

³⁷⁹ Cf. STRECK, op. cit., p. 142-143.

³⁸⁰ Dissertando sobre a importância do recrutamento de jurados, Bonfim e Parra Neto asseveram que os jurados devem representar a totalidade da sociedade brasileira, cotando com pessoas que a despeito de suas formações, anseios e concepções do mundo, possam contribuir para a necessária imparcialidade e para o justo julgamento da causa. (BONFIM,; PARRA NETO, op. cit., p. 57).

³⁸¹ STRECK, op. cit., p. 144.

Antes da modificação operada a partir da vigência da Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008, deveriam ser alistados anualmente pelo juiz-presidente do júri (“mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna”), de 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) jurados no Distrito Federal e nas comarcas com mais de cem mil habitantes e, 80 (oitenta) e 300 (trezentos) nas comarcas de menor população. Caberia ainda ao juiz requisitar, às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas a indicação de cidadãos que reunissem as condições legais para atuar como jurado³⁸².

Com a nova legislação, identifica-se um incremento no universo de cidadãos que podem participar do Tribunal do Popular (de 800 a 1500 nas comarcas de mais de 1.000.000 de habitantes, de 300 a 700, nas comarcas de mais de 100.000 habitantes e de 80 a 400, nas comarcas de menor população), bem como, garante-se uma maior amplitude na sua forma de recrutamento em novas fontes comunitárias, pois, além de serem requisitados junto às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas, passam a fazer parte as associações de bairro, as entidades associativas, as entidades culturais, as instituições de ensino em geral, as universidades e outros núcleos comunitários³⁸³.

A necessidade de aumentar-se o número de jurados alistados já havia sido denunciada por René Ariel Dotti, diante do crescimento da população brasileira e do aumento progressivos dos crimes dolosos contra a vida: “O

³⁸² Código de Processo Penal, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 3689, de 03/10/1941: “Art. 439. Anualmente, serão alistados pelo juiz-presidente do júri, sob sua responsabilidade e mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) jurados no Distrito Federal e nas comarcas de mais de cem mil habitantes, e oitenta a trezentos nas comarcas ou nos termos de menor população. O juiz poderá requisitar às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas a indicação de cidadãos que reúnam as condições legais. Parágrafo único. A lista geral, publicada em novembro de cada ano, poderá ser alterada de ofício, ou em virtude de reclamação de qualquer do povo, até à publicação definitiva, na segunda quinzena de dezembro, com recurso, dentro de vinte dias, para a superior instância, sem efeito suspensivo”.

³⁸³ Código de Processo Penal atual, com as modificações efetivas com a Lei n. 11.689/2008: “Art. 425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população. § 1º Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do § 3º do art. 426 deste Código. § 2º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.”

crescimento da população brasileira, considerando-se o tempo da entrada em vigor do Código de Processo Penal (1º.1.1942), e o tempo da publicação da Lei nº 11.689/08, além da lamentável estatística progressiva dos crimes dolosos contra a vida e a conseqüente criação de novos ofícios e tribunais populares, impunham a ampliação do alistamento”³⁸⁴.

Ademais, o recrutamento em novos núcleos sociais “refletem as expressões de cidadania, que é um dos princípios fundamentais da República e a base institucional do Tribunal do Júri”³⁸⁵. Outrossim, garante uma aproximação ao sistema norte-americano onde a devida representatividade social (*cross section*) no corpo de jurados é entendida como consectário do princípio do devido processo legal.

Para a adequação do *trial by jury* ao princípio do devido processo legal, a Suprema Corte dos EUA impõe a existência de um júri imparcial (Sexta Emenda³⁸⁶) que represente largamente a comunidade local onde os fatos se deram (*cross section*), vez que o acusado deve restar protegido contra preconceitos baseados na raça, sexo, emprego ou classe social. Destaco:

“The Constitution does not state that defendants have a right to a ‘jury of their peers’. It does, however, say that they have a right to ‘an impartial jury’. The Court has interpreted this phrase to mean that the jury should broadly represent the community. The defendant is protected by the ‘cross section’ principle espoused in *Williams*, which forbids systematic exclusion from juries of identifiable segments of the community”³⁸⁷.

A justa seleção dos jurados, os quais devem representar todos os segmentos da sociedade³⁸⁸, corresponde a tradição da utilização do julgamento

³⁸⁴ DOTTI, 2009, p. 198.

³⁸⁵ DOTTI, René Ariel. **Esboço para a reforma do júri**. Revista Forense, v. 322, ano 89, abr-mai-jun, 1993, p. 80.

³⁸⁶ A Sexta Emenda destaca que: “*Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado (...)*”.

³⁸⁷ SAVAGE, op. cit., p. 270: “A Constituição não afirma que os réus têm o direito a um “júri por seus pares”. Ela afirma, entanto, que eles têm o direito a um “júri imparcial”. O Tribunal interpretou essa frase no sentido de que o júri deve representar a comunidade em geral. O réu está protegido contra preconceitos baseados na raça, sexo, trabalho ou classe social, pelo princípio da “*cross section*”, trazido no julgamento de *Williams* [*Williams v. Florida*, 399 U.S 78 – 1970], onde se proibiu a exclusão sistemática do Conselho de Sentença de determinados segmentos identificáveis da sociedade.” (tradução livre feita pelo autor).

³⁸⁸ Segundo Reid Hastie, Steven Penrod e Nancy Pennington, na obra “La institución del jurado en los Estados Unidos: sus intimidades”, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte “(...) cinco são as características essenciais informativas da eficácia do jurado e que,

popular como um instrumento de justiça pública e reafirmação da democracia e do governo representativo. É o que se extrai da manifestação da Suprema Corte quando do caso *Smith v. Louisiana*, em 1940:

“(...) that the jury be a body truly representative of the community. For racial discrimination to result in the exclusion from jury service of otherwise qualified groups not only violates our Constitutional and laws enacted under it but is at war with our basic concepts of a democratic society and a representative government”³⁸⁹.

Nessa toada, um significativo precedente por ser identificado quando a Suprema Corte anulou um julgamento após ter constatado a discriminação quando da seleção dos jurados. Nesse sentido, destaca-se trecho do voto proferido pelo Juiz Hugo L. Black quando do julgamento do caso *Patton v. Mississippi*, (1947):

“When a jury selection plan, whatever it is, operates in such way as always to result in the complete and long-continued exclusion of any representative at all from a large group of negroes, or any other racial group, indictments and verdicts returned against them by juries thus selected cannot stand... Our holding does not mean that a guilty defendant must go free. For indictments can be returned and convictions can be obtained by juries selected as the Constitutional commands”³⁹⁰.

Antes desse julgamento, em 1935, a Suprema Corte já havia anulado outra condenação após ter constatado que nenhum homem negro havia

consequentemente, projetam eficácia na própria instituição. São elas: 1) o jurado deve ser uma mostra representativa dos diversos setores e grupos sociais da jurisdição; 2) incluir em seu seio um grande número de opiniões; 3) qualificar os fatos de maneira precisa e cabal; 4) recordar as pautas do juiz sobre questões de direito e aplicá-las devidamente; e, finalmente, 5) emitir um veredicto preciso e adequado”. (VIVEIROS, op. cit., p. 119).

³⁸⁹ SAVAGE, op. cit., p. 270: “(...) o júri é um órgão que verdadeiramente representa a comunidade. A discriminação social resultante da exclusão de segmentos da sociedade da participação no júri, não apenas viola a Constituição e as leis promulgadas a partir dela, mas contraria nossos preceitos básicos de uma sociedade democrática e de um governo representativo”. (tradução livre).

³⁹⁰ SAVAGE, op. cit., p. 271-272.: “Quando a forma de seleção dos jurados, qualquer que seja, opera de tal maneira a sempre excluir de forma completa, longa e continuada grupos de negros ou qualquer outro grupo racial, as acusações e veredictos contra eles proferidos não se mantêm. Isso não quer dizer que um réu culpado deve seguir livre. As acusações podem ser refeitas e os acusados levados a julgamento por júris formados de acordo com o comando constitucional”. (tradução livre). Outros casos são ainda dignos de nota. Em *Avery v. Georgia* (1952), a Suprema Corte declarou inconstitucional a forma de seleção de jurados onde cores diferentes de papel identificavam se o potencial jurado seria negro ou branco. No caso *Whitus v. Georgia* (1967) a Suprema Corte invalidou a forma de seleção de jurados quando realizada com base nos registros fiscais. Ainda, em *Hernandez v. Texas* (1954), dando interpretação à Décima Quarta Emenda, proibiu a sistemática ou arbitrária exclusão de qualquer grupo racial do serviço do júri. De forma unânime, determinou-se que num município onde 14% da população era descendente de mexicanos e latinos, restaria violado o princípio da igualdade a exclusão dos referidos grupos raciais do serviço do júri. Por fim, em *Vasquez v. Hillery* (1986), a Corte determinou que qualquer pessoa acusada perante um “grand jury” formado de maneira discriminatória, tem o direito a um novo julgamento, independentemente de quanto tempo tenha se passado.

jamais servido no Conselho de Sentença do Município de Scottsboro (Alabama). No caso *Norris v. Alabama*, o acusado havia sido condenado pelo estupro de uma mulher branca por um júri formado exclusivamente por homens brancos³⁹¹.

Consagrando a jurisprudência da Suprema Corte, o Congresso norte-americano incorporou à lei federal de seleção e serviço do júri de 1968, o princípio que proíbe discriminação na seleção do corpo de jurados baseado na raça, cor, religião, sexo, origem ou classe social. Destaco:

“No estágio atual, pode-se afirmar, portanto, que há plena equiparação do status político do eleitor e do jurado americano, de tal forma que, como os autores têm afirmado, ‘à participação popular na Administração da Justiça se tem conferido um caráter de função política fundada exclusivamente na cidadania, convertendo-se, dessa forma, o cidadão em titular de um autêntico direito-dever cívico e que se pode concretizar na oportunidade de ser considerado para o serviço do Grande Júri ou Pequeno Júri e, por conseguinte, na correspondente obrigação de desempenhar dita função quando seja requerido para isso’³⁹².

Em 1975 a Suprema Corte estendeu para as Cortes Estaduais a interpretação de que os júris locais devem igualmente ser formados por um conselho de sentença que represente a imagem de um micro-sistema da população elegível daquela comunidade (*cross section*). Dessa forma, deu-se fim a ideia de que os júris deveriam ser formados apenas pelos “melhores” (*key men*) de uma dada comunidade, evitando ainda critérios discriminativos³⁹³.

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio deve ser utilizado no Brasil a fim de evitar-se uma perpetuação de determinados segmentos sociais ou

³⁹¹ Nos Estados Unidos, a vigilância sobre a correta representatividade do corpo de jurados é feita muitas vezes por técnicas estatísticas. “Noutros casos se intenta provar a exclusão sistemática de algum novo tipo de grupo – por exemplo, pessoas que observam uma mesma e determinada conduta – que reúne os requisitos para converter-se em setor com direito a participar do processo”. (VIVEIROS, op. cit., p. 130).

³⁹² Ibid., p. 122.

³⁹³ “Both Congress and the Court justified the new theory as a remedy for the discrimination practiced under the guise for searching for elite jurors. The slippery and subjective standards for jury eligibility under the elite model provided convenient cover for systematic exclusion of certain people, African-Americans in particular; they also allowed for the perpetuation of the all-white jury in the South nearly a century after the Supreme Court outlawed, in theory, such juries. The immediate task of the cross-sectional reform was to strip away such discrimination, making all persons equally eligible for jury duty who met minimum and objective standards of citizenship, age, residency, and literacy” (ABRAMSON, op. cit., p. 100). (Tanto o Congresso quanto a Suprema Corte justificaram a nova teoria como um remédio contra a discriminação praticada disfarçada sob o argumento da busca pelos melhores jurados. Os padrões escorregadios e subjetivos para a escolha dos melhores acarretavam a sistemática exclusão de algumas pessoas, especialmente os Afro-Americanos; eles também permitiam a perpetuação dos júris formados unicamente por brancos no Sul, quase um século depois da Suprema Corte tê-los declarado ilegais. A tarefa imediata da reforma (“*cross-sectional*”) foi a de afastar essa discriminação, tornando todas as pessoas que possuam os mínimos critérios objetivos de cidadania, idade, residência e alfabetização, igualmente elegíveis para a composição do júri” (tradução livre).

profissionais no conselho de sentença, fato que geraria, além da exclusão social, a perenização de uma justiça popular classista.

6.2.3. Da publicidade e fiscalização da lista geral.

A publicidade a respeito de quem irá compor a lista de juízes leigos para o ano seguinte guarda especial consonância com a ideia de democracia e sistema acusatório, pois, se é certo que a composição do conselho de sentença ocorre apenas na sessão de julgamento, a divulgação dos possíveis julgadores de fato (possíveis, eis que os jurados podem compor a lista e nunca serem sorteados), possibilita uma maior transparência e fuga de um anterior sistema inquisitório, onde por vezes não se conhecia o “rosto” do juiz, diante do seu procedimento eminentemente secreto.

Ao dissertar sobre o exercício da jurisdição no Tribunal do Júri, Viveiros recorda que o julgamento realizado pelo povo cumpre uma dupla função. Primeiro, de apresentação do verdadeiro poder originário e, depois de controle da composição da lista geral pelo próprio povo quando anunciado o alistamento geral. Tal característica confere legitimidade e transparências às decisões do Tribunal Popular³⁹⁴.

Antes da modificação legislativa (Lei nº 11.689/08), a divulgação da lista geral deveria ser publicada no mês de novembro de cada ano (sem a estipulação de data certa) e, após eventuais impugnações, divulgada de forma definitiva na segunda quinzena de dezembro³⁹⁵. Agora, constata-se que a

³⁹⁴ Conforme anota o autor: “é exercida diretamente pelo titular originário deste poder: o povo, o que lhe confere autêntica legitimidade popular, não apenas porque a função é exercida diretamente por uma parcela dos cidadãos, mas também porque **há plena possibilidade de controle social sobre o corpo de jurados pela comunidade interessada que, detendo conhecimento sobre os alistados anualmente, pode interferir diretamente no alistamento, na fiscalização e na própria escolha dos jurados**. Essa marca característica da instituição é que confere maior força legitimadora às suas decisões, pois o exercício da função de julgar o homem pelo homem comum, juízes do povo escolhidos por sorteio e sem intermediários, para compor um órgão colegiado em cujo procedimento o réu tem a prerrogativa de recusar imotivadamente até três julgadores – algo sem paradigma em qualquer outro órgão de justiça brasileiro – possibilita, do ponto de vista da democracia, um prestígio social que supera o próprio direito de votar nos representantes políticos como consequência do direito político positivo.” (VIVEIROS op. cit., p. 69).

³⁹⁵ Código de Processo Penal, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 3689, de 03/10/1941: “Art. 440. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa, onde houver, ou em editais afixados à porta do edifício do tribunal, lançando-se os nomes dos alistados, com indicação das residências, em cartões iguais, que, verificados com a presença do órgão do Ministério Público, ficarão guardados em urna fechada a

divulgação da lista geral dos jurados, com a indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri, restando a data de 10 de novembro para a sua publicação definitiva³⁹⁶.

A antecipação da publicação da lista geral, a qual atualmente resta distanciada da segunda quinzena do mês de dezembro, trata-se de medida que chama uma maior atenção da população para eventuais impugnações da lista, pois, é de conhecimento de todos que o “calendário brasileiro é contado de trás para frente” e que culturalmente o mês de dezembro é guardado para festejos familiares e religiosos.

Com a nova lei, obriga-se que com a lista geral seja transcrito o disposto nos artigos 436 a 446 do Código de Processo Penal³⁹⁷ (artigo 426,

chave sob a responsabilidade do juiz. Art. 441. Nas comarcas ou nos termos onde for necessário, organizar-se-á lista de jurados suplentes, depositando-se as cédulas em urna especial”.

³⁹⁶ Código de Processo Penal atual, com as modificações efetivas com a Lei n. 11.689/2008: “Art. 426. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri. § 1º A lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva. § 2º Juntamente com a lista, serão transcritos os arts. 436 a 446 deste Código. § 3º Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente. § 4º O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído. § 5º Anualmente, a lista geral de jurados será, obrigatoriamente, completada”.

³⁹⁷ “Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade. § 1º Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução. § 2º A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado. Art. 437. Estão isentos do serviço do júri: I – o Presidente da República e os Ministros de Estado; II – os Governadores e seus respectivos Secretários; III – os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais; IV – os Prefeitos Municipais; V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública; VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; VII – as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública; VIII – os militares em serviço ativo; IX – os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa; X – aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento. Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. § 1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins. § 2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Art. 440. Constitui também direito do jurado, na condição do art. 439 deste Código, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção

parágrafo segundo do Código de Processo Penal), os quais disciplinam as regras para exercer a função de jurado, pois de nada adiantaria existir a possibilidade de impugnação da lista geral por qualquer membro da população sem o conhecimento das “regras do jogo”.

Com a cópia dos dispositivos indicados, poderá o cidadão saber quem pode exercer a função de jurado (CPP, art. 436), as hipóteses de isenção (CPP, art. 437), de escusa por motivo de consciência (CPP, art. 438), as prerrogativas (CPP, arts. 439/441) e implicações (CPP, arts. 442 e 445). Outrossim, poderá saber se ele próprio pode ser jurado! Tal exclamativa se faz necessária, eis que, exercer a função a função de jurado não pode ser entendida apenas como uma obrigação, mas como um direito (direito de inscrever-se na integrar a lista geral) de todos aqueles que preenchem os requisitos legais³⁹⁸, os quais serão abordados abaixo.

A publicação da lista geral possibilita que “qualquer do povo³⁹⁹” (CPP, art. 426, § 1º) possa impugnar (“reclamar”) quanto a inclusão (ou exclusão) de qualquer pessoa que não preencha os requisitos para exercer a função de jurado. A impugnação não se mostra restrita ao Ministério Público ou a representantes da OAB ou da Defensoria, eis que qualquer pessoa, mesmo aquela que não tenha sido escolhido para fazer parte da lista geral pode fazer uso da “reclamação” dirigida ao juiz-presidente. Caso não deferido o reclamo popular,

funcional ou remoção voluntária. Art. 441. Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri. Art. 442. Ao jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente será aplicada multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a sua condição econômica. Art. 443. Somente será aceita escusa fundada em motivo relevante devidamente comprovado e apresentada, ressalvadas as hipóteses de força maior, até o momento da chamada dos jurados. Art. 444. O jurado somente será dispensado por decisão motivada do juiz presidente, consignada na ata dos trabalhos. Art. 445. O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados. Art. 446. Aos suplentes, quando convocados, serão aplicáveis os dispositivos referentes às dispensas, faltas e escusas e à equiparação de responsabilidade penal prevista no art. 445 deste Código.

³⁹⁸ Tal observação restou sensível aos autos autores do Anteprojeto de Reforma Global do Código de Processo Penal (PLS nº 156/09), o qual, em sua redação final (Parecer nº 1.636/2010) dispõe no artigo 338, §3º que: “Qualquer cidadão que preencha os requisitos legais poderá se inscrever para ser jurado”.

³⁹⁹ Segundo destaca Badaró, a “legitimidade para a reclamação é a mais ampla possível, podendo ser feita por ‘qualquer do povo’. Assim, poderá reclamar o próprio jurado que teve o seu nome incluído ou excluído da lista. Também poderão reclamar terceiros, cujos nomes não constem da lista provisória, pela inclusão ou exclusão de qualquer jurado”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **As reformas no processo penal**. As novas leis de 2008 e os Projetos de reforma. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 111)

poderá ainda ser ajuizado recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, XIV), com prazo de 20 (vinte) dias a contar da publicação da lista definitiva.

Trata-se de um recurso *sui generis* (Aramis Nassif), pois conta com prazo excepcional de vinte dias – condizente a possibilitar o exercício impugnativo pela sociedade de um modo em geral – sendo manejado para hostilizar uma decisão administrativa (e não judicial em sentido estrito) para a formação do corpo de jurados⁴⁰⁰.

Trata-se de prazo dilatado (vinte dias), porém condizente com a natureza popular da impugnação, não devendo o magistrado atuar com rigor quanto ao conhecimento da reclamação. Qualquer pedido feito por um do povo, mesmo quando ausente o preenchimento dos requisitos estritos de admissibilidade recursal (CPP, art. 581 e seguintes), deve ser conhecido e investigado pelo magistrado togado, o qual, tem por obrigação, agir de ofício quanto ao correto preenchimento da lista geral de jurados (CPP, art. 426, §1º).

Não há que se falar em ausência de interesse ou legitimidade de parte, eis que toda a sociedade tem interesse na mais perfeita composição da lista geral de jurados, os quais foram escolhidos para julgar dois dos bens mais importantes do ser humano: a vida e a liberdade.

A preocupação com a imparcialidade do julgamento pela sociedade é tamanha que, uma vez demonstrada a sua parcialidade, deve o julgamento ser **desaforado**⁴⁰¹ para outra comarca da mesma região, onde não exista o referido vício, conforme previsto no artigo 427 do Código de Processo Penal. A equidistância

⁴⁰⁰ Conforme anota Aramis Nassif, “o instrumento será instruído com cópias da portaria que ordena a publicação das duas listas (...), do requerimento do interessado (que pode ser qualquer do povo) e da decisão do magistrado a respeito da impugnação ou do pedido de inclusão ou exclusão de jurados. (NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Conforme a lei 11.689/08. Atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 87). Em sentido contrário, ou seja, vislumbrando a atual impossibilidade do manejo do recurso em sentido estrito para impugnar a lista definitiva, encontramos o posicionamento de Badaró: “(...) publicada a lista definitiva em 10 de novembro de cada ano, a lista não mais poderá ser alterada. Visando eliminar atos inúteis, o novo §1º do art. 426 deixa de prever o recurso em sentido estrito contra a decisão, de natureza administrativa, que inclui ou exclui jurado da lista geral, diferentemente da previsão anteriormente existente no art. 439, parágrafo único, parte final, c/c art. 581, XIV, do CPP”. (BADARÓ, op. cit., p. 111).

⁴⁰¹ Podemos atribuir a origem do desaforamento à lei mosaica: “Uma grande vantagem que a lei mosaica concebia ao acusado, era a faculdade de escolher para seus juizes, ou o Tribunal da sua própria cidade, ou um dos dous tribunaes dos vinte e tres juizes, que vinham séde em Jerusalem. Assim podia elle furtar-se facilmente ás influencias de localidade que muitas vezes são temíveis” (sic) (ROCHA, op. cit., p. 23).

dos jurados, tanto da acusação, quanto da defesa, constitui uma garantia orgânica da própria jurisdição.⁴⁰²

Merece destaque a atual redação do artigo 427 do Código de Processo Penal, o qual confere legitimidade ao assistente do Ministério Público para postular o desaforamento. Trata-se, conforme adverte René Ariel Dotti, de alteração legislativa que procurou atender os reclamos de significativa parte da doutrina (Marques Porto, Paulo Lucio Nogueira, dentre outros) e jurisprudência. “O Supremo Tribunal Federal identificou essa legitimação para agir ‘como meio de salvaguardar o interesse da própria Justiça’, como se verifica nos precedentes relatados pelos Mins. Djaci Falcão e Evandro Lins”⁴⁰³.

A novel lei ainda ampliou a fiscalização do momento em que os nomes dos jurados são lançados em cartões individualizados e guardados na urna de jurados. Trata-se de momento ímpar, pois com esse ato se finaliza a escolha dos jurados que vão exercer a função de juízes leigos para o ano seguinte, guardando-se consonância com a ideia de fixação do juiz natural para os próximos doze meses. Antes, o lançamento do nome dos jurados nos respectivos cartões era acompanhado exclusivamente pelo Ministério Público. Agora, a verificação é feita na presença do Ministério Público, de um advogado indicado pela seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de um representante da Defensoria Pública competente. Torna-se mais transparente e democrática a perfectibilização da assunção da função de jurado componente da lista geral. A ausência da população nesse ato final não causa qualquer prejuízo ao procedimento deliberativo e democrático, vez que a mesma se faz representar por representantes imparciais e técnicos que comprovam a lisura do procedimento.

6.2.4. Da “quarentena” para o exercício da função de jurado.

Outro ponto importantíssimo da nova legislação foi a criação da chamada “quarentena” para que um jurado que tenha participado do Conselho de Sentença em um ano, volte a exercer a função de jurado. De acordo com o artigo

⁴⁰² Conforme anota Ferrajoli: “Este distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional. É necessário em primeiro lugar que o juiz não tenha qualquer interesse *privado* ou *pessoal* na solução da causa: ‘ninguém pode ser juiz ou árbitro da própria causa’, e portanto – são ainda palavras de Hobbes – ‘não pode ser juiz a pessoal à qual favoreça a esperança de obter maior utilidade ou satisfação com a vitória de uma das partes em detrimento da outra.’” (FERRAJOLI, op. cit., p. 535).

⁴⁰³ DOTTI, 1993, p. 81.

426, §4º do Código de Processo Penal: “O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem a publicação da lista geral dela fica excluído”⁴⁰⁴.

Na verdade, não se trata de um dispositivo verdadeiramente novo na legislação brasileira, pois no “Código do Processo Criminal de Primeira Instância” (Lei de 29 de novembro de 1832) já existia a previsão de que o jurado que tivesse participado do “Jury de accusação” não participaria do de “julgação”, bem como, de que o jurado que tivesse comparecido a uma sessão de julgamento não pudesse servir em outra enquanto não tivessem participados todos os alistados ou faltasse número suficiente para a formação do conselho⁴⁰⁵.

O novel artigo de lei cria um “**verdadeiro requisito negativo para a seleção do jurado**” (Badaró) que inquina de nulidade o julgamento operado por jurado que tenha integrado algum Conselho de Sentença no ano anterior (CPP, art. 564, III, “j”)⁴⁰⁶.

Dessa forma, o dispositivo legal atual como propiciador de um revezamento democrático, um “*desvitaliciamento*”⁴⁰⁷, evitando a perenização do mesmo grupo de jurados e a “criação” do chamado “jurado profissional”, ou seja, aquele cujo modo de pensar (e por vezes votar) já foi identificado pelo Promotor de Justiça ou pelos Advogados de Defesa atuantes no Tribunal do Júri. Isso facilmente acontece nas pequenas comarcas do interior, onde o número de jurados é reduzido

⁴⁰⁴ Parte da doutrina defende a exclusão definitiva do jurado após ter participado de uma reunião periódica: “O ideal é limitar a participação a um determinado período e torná-la improrrogável, sob risco de ‘profissionalizar’ a atividade de juiz popular”. (CHOUKR, 2001, p. 74).

⁴⁰⁵ “Art. 289. Os Jurados que servirem no Jury de accusação, não entrarão no de julgação. Os que comparecerem em uma sessão, não servirão em outra, enquanto não tiverem servido todos os alistados, ou não o exigir a necessidade por falta absoluta de outros”. (sic).

⁴⁰⁶ É o que adverte Badaró ao explicitar que: “O dispositivo projetado cria um verdadeiro requisito negativo para a seleção do jurado. Assim, se por equívoco o nome do jurado que integrou o Conselho de Sentença vier a ser incluído na lista do ano seguinte, se ele integrar algum Conselho de Sentença, o julgamento será absolutamente nulo, por vício de formação do Conselho de Sentença (CPP, art. 564, III, j). Já na hipótese em que o jurado impedido tenha integrado o Tribunal do Júri, isto é, seja incluído na lista geral e seja sorteado para as sessões, sem contudo chegar a integrar o Conselho de Sentença, a violação da lei, em regra, não causará qualquer prejuízo, pelo que não haverá falar em nulidade” (BADARÓ, op. cit., p. 113). Em sentido contrário, ou seja, entendendo não existir nulidade, mas mera irregularidade quando o Conselho de Sentença fosse preenchido por jurado “em quarentena”, encontramos o posicionamento de Walfredo Cunha Campos: “E se for descumprido o dispositivo legal referido, incluindo-se jurado que participou, nos últimos 12 meses de um julgamento, na nova lista e compondo ele o Conselho de Sentença, o julgamento que contou com a sua adesão será nulo? Entendemos que não, pois tal fato configuraria mera irregularidade sem ter o condão de anular o feito, porque incabível pensar que pudesse ter havido algum prejuízo a qualquer das partes; posicionamento diverso traduziria excessivo formalismo”. (CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**. Teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 324).

⁴⁰⁷ Cf. STRECK, op. cit., p. 147.

e repetido, especialmente quando o magistrado não se vale da convocação dos jurados em todos os segmentos da sociedade. Essa dificuldade foi identificada por René Ariel Dotti:

“Um dos graves problemas do sistema anterior era a presença do jurado permanente ou habitual, que tinha seu nome mantido na relação da lista geral. Em Curitiba, chegou a ser criado um tipo de associação de membros do tribunal popular. A Reforma acaba com essa prática altamente nociva, que estimulava uma forma de profissionalismo do juiz de fato”⁴⁰⁸.

6.2.5. Da capacidade para o exercício da função de jurado e a intolerância para com qualquer forma de discriminação.

A capacidade para o exercício da função de jurado antes da microrreforma processual operada com a Lei nº 11.689/08 apenas se iniciava aos 21 (vinte e um) anos (CPP, art. 434), e tinha como marco de isenção os maiores de 60 (sessenta) anos (CPP, art. 434⁴⁰⁹).

Atualmente, o Código de Processo Penal amplia a margem de atuação popular no Conselho de Sentença, eis que o jurado já pode ser alistado desde os 18 (dezoito) anos (CPP, art. 436) – adequando-se ao sistema inglês e norte-americano - e, apenas torna-se isento, quando maior de 70 (setenta) anos e requeira sua dispensa (CPP, art. 437, IX). Dessa forma, a lei se ajusta à capacidade para o alistamento eleitoral e o voto obrigatório (CF, art. 14, §1º) e, de igual maneira, guarda consonância com a regra da imputabilidade penal (CF, art. 228 e CP, art. 27). Outrossim, o Código de Processo Penal amplia a margem de participação da chamada “pessoa idosa”, a qual, segundo a Lei n. 10.741/03 (art.1º) é identificada à partir dos 60 (sessenta) anos⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ DOTTI, 2009, p. 199. Anteprojeto de Reforma Global do Código de Processo Penal (PLS nº 156/09), em sua redação final (Parecer nº 1.636/2010) manteve a mesma disposição legal: “Art. 339, §4º. O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído”.

⁴⁰⁹ “Art. 434. O serviço do júri será obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de vinte e um anos, isentos os maiores de sessenta”.

⁴¹⁰ Não se olvide a existência de críticas quanto a diminuição da idade do jurado para o serviço do júri, especialmente atreladas a sua falta de experiência de vida e comprovação de sua notória idoneidade. Nesse sentido, destaca-se a pena de Bonfim e Parra Neto: “A modificação é arriscada e contraditória. Arriscam-se à constituição de Conselhos de Sentença pessoas demasiadamente jovens, sem maior vivência nos problemas da vida e do mundo, que, conquanto estudem, trabalhem e sejam honestas, ainda não adquiriram uma gama mínima de tirocínio que tal sorte de serviço exige. Contraditória, porque não há como se exigir notória idoneidade a um jovem de 18 anos de idade, uma vez que recém-adquirida a capacidade para os atos da vida civil (art. 5º do Código Civil). Ao não se aceitar a experiência (jurado que já tenha atuado no ano anterior) fomentou-se a inexperiência (redução da idade para o serviço do júri), a pretexto de uniformizar a idade da responsabilidade penal e da capacidade civil, com o dever de ser jurado”. (BONFIM; PARRA NETO, op. cit., p. 67-68).

Além do requisito objetivo da idade, a legislação exige que o cidadão-jurado seja portador de notória idoneidade⁴¹¹, requisito subjetivo e incitador das mais diversas interpretações pela doutrina⁴¹².

Para Bonfim e Parra Neto, por exemplo, a existência de processo criminal em curso contra jurado já seria suficiente para macular a sua presunção de “idoneidade moral” (CPP, art. 439) do jurado sem que houvesse qualquer desrespeito ao princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Da mesma forma, “(...) aquele que no juízo cível sofra ações que, por sua natureza, evidenciem o comprometimento moral do mesmo, se investido na função de julgar,”⁴¹³ igualmente não poderia compor a lista geral de jurados.

⁴¹¹ “A dinâmica dos critérios de escolha dos jurados ao longo da história é lapidariamente exposta por Ferrajoli, ao afirmar que ‘Correlativamente, de tempos em tempos na cultura jurídica mudaram os requisitos exigidos à pessoa do juiz. Na tradição inquisitória pré-moderna ‘iudex illiteratus repellitur’: os juízes, acrescentava-se, ‘non possunt esse viles, ignobiles aut filii clericorum’, mas deviam ser, não diversamente dos atuais juízes concursados, doctores legum, ou seja, juristas de profissão, às vezes vindos de fora para exercitar seu ‘competente’ magistério. Ao contrário, a cultura iluminista contrastou unanimemente com a idéia do juiz técnico e profissional, optando por um juiz não-técnico e popular em seu lugar, não diverso da cozinha que seria almejada por Lênin para o exercício de todo poder público: um ‘homem de ordinário bom senso’, como conjecturou Beccaria; ‘todo homem que não seja nem estúpido nem louco, e que tenha uma certa conexão de idéias e uma suficiente experiência do mundo’, como propôs Filangieri; um ‘bom pai de família’ com os dons comuns do ‘homem natural’, como escreveu Bentham; um ‘homem moral’ e dotado de ‘equidade’, segundo Lauzé di Peret; uma pessoa ‘peu savant’ mas dotada de experiência, como exigiu Voltaire; um cidadão de ‘educação média’, segundo as palavras de Nicola Niccolini. E antes ainda ‘as qualidades que fazem um bom juiz’, todas de caráter não-técnico, tinham sido enumeradas por Hobbes: ‘1 Um justo entendimento da lei principal da natureza chamada equidade’, que depende ‘não da leitura dos escritos de outros homens mas da bondade da própria razão natural e da própria meditação; 2. O desprezo por inúteis opulências e promoções; 3 Ser capaz, ao julgar, de se desvencilhar de todo temor, fúria, ódio, amor e compaixão; 4 Paciente e diligente atenção para escutar e memória para reter, ordenar e aplicar o que foi ouvido’” (CHOUKR, 2004, p. 95, nota 37).

⁴¹² O requisito da notória idoneidade é criticado por parte da doutrina (Streck) por importar num conceito de “incertezas significativas” (Warat), trilhando o caminho entre a “vagueza e ambigüidade” (Kelsen). Tal requisito atribuiria amplos poderes ao magistrado na escolha da composição da lista geral de jurados. Nesse sentido, anota Streck: “No âmbito do Tribunal do Júri, a noção de ‘cidadão de notória idoneidade’ pode ser vista como uma definição persuasiva, que expressa as crenças valorativas e ideológicas do magistrado (e quem o auxilia/influi) sobre o modo de escolha dos jurados. A designação/nomeação do que seja um cidadão de notória idoneidade estará permeada pelo poder de violência simbólica que se estabelece. O resultado desse processo é a formação/introjeção no imaginário social de um padrão de normalidade acerca do que seja ‘notória idoneidade’. Constrói-se, desse modo, aquilo que Ferraz Jr. chama de ‘arbítrio socialmente prevalecente’. Pode-se acrescentar, ainda, que, assim como o padrão de normalidade vigente na sociedade tem enorme influência na designação de quem possui as características que permitam o encaixe de alguém no conceito de ‘notória idoneidade’, tal ‘padrão de normalidade’ terá efeito no âmbito da apreciação dos jurados sobre o acusado no momento do julgamento pelo júri. Ou seja, a partir da composição do corpo de jurados delineia-se o padrão de comportamento social a ser exigido do ‘restante da sociedade’”. (STRECK, op. cit., p. 100).

⁴¹³ Conforme dissertam os autores, “jurado que tenha sofrido ação ordinária de cobrança ou de execução, petição de pensão alimentícia, falência etc., como terá resguardada a intangibilidade moral, a necessária imparcialidade, quando for julgar delitos em que qualquer desses fatores – v.g., dívida não paga – tenha sido o móvel do delito e aos quais ele próprio esteja sub

A lei não exige uma determinada formação intelectual do jurado. Contudo, adverte Vescovi, verifica-se a necessidade de uma educação e cultura mínimas para que o jurado possa entender o procedimento (simplificado) e representar a contento a sua comunidade⁴¹⁴. Por outro lado, não podemos esquecer que o próprio procedimento do júri contribui para o processo educativo do cidadão, ampliando seus pontos de vista para além da perspectiva de seus casos privados⁴¹⁵. A participação do cidadão no Tribunal Popular não deixa de ser uma forma de aperfeiçoar as suas qualidades desejáveis. “Muitos acreditam que as pessoas que participam frequentemente da deliberação como cidadãos livres e iguais são mais aptas a desenvolver as características de autonomia, racionalidade e moralidade”⁴¹⁶.

A amplitude da participação popular no júri também pode ser visualizada pela intolerância a qualquer forma de discriminação, eis que, uma vez possuindo notória idoneidade⁴¹⁷ e idade mínima, “nenhum cidadão poderá ser

judice? Até onde será ‘juiz’ e, mantida sua independência e serenidade, não se transportará com o comprometimento do ânimo à qualidade do réu – ou da vítima -, por ter vivido, ou estar vivendo, situação semelhante, análogo à causadora do crime”? (BONFIM; PARRA NETO, op. cit., p. 60). Segundo Bonfim, o requisito subjetivo da “notória idoneidade” apenas se encontra preenchido por aquele jurado que possua inteligência mínima e bom convívio social: “Nesse contexto, ‘democratizar’ não encontra sinonímia em ‘desqualificar’. Assim, se por um lado é certo que a ratio do júri é a não exigência de qualificação técnica, do jurado, por outro também, a minusvalia intelectual e de caráter não abona a pretensão de ver-se incluído na citada ‘lista’... afinal, bem julgar, conquanto não seja apanágio egoisticamente tributado somente ao juiz togado (especificando a visão de M. Torres), também não pode ser pressuposto de quem sequer entenda o processo que se julga e a missão a que se destina... ademais, a complexidade da causa, a aferição de provas, o cipoal da quesitação e de teses jurídicas, enfim, a solução das equações lógico-jurídicas propostas, necessitam encontrar supedâneo, ao menos, para frutificar em Justiça, em terreno fértil que seja a inteligência não viciada ou infecunda dos jurados. (...). Leigos, sim, mas que não sejam apequenados na inteligência, encolhidos de raciocínio e, tampouco, devedores morais”. (BONFIM, 1993, p. 311 e 315).

⁴¹⁴ Conforme anota Vescovi: “Resulta evidente que la cuestión de la educación es prioritario y esencial para edificar instituciones sociales con base popular que sean auténticamente representativas del sentir del pueblo. Es que, en definitiva, la mayor parte de los derechos humanos deben asentarse en el desarrollo educativo”. (É evidente que a questão da educação é prioritário e essencial para edificar instituições sociais com base popular que sejam autenticamente representativas do sentimento popular. É que, de maneira definitiva, a maior parte dos direitos humanos devem assentar-se no desenvolvimento da educação – tradução livre”). (VESCOVI, op. cit., p. 363).

⁴¹⁵ Cf. Manin, op. cit. p. 33.

⁴¹⁶ CHRISTIANO, Thomas. A importância da deliberação pública. Org. e Trad. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúlion Soares. In: **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 82.

⁴¹⁷ Falando sobre a capacidade para ser jurado e os critérios de seleção utilizados, Viveiros recorda que nos Estados Unidos a respeitabilidade do jurado e sua isenção para o exame das provas, são critérios importantíssimos. Informa o autor: “A capacidade do jurado para julgar não implica conhecimento técnico, todavia envolve critérios morais e de preparo pessoal (não estar sujeito a nenhuma forma de servidão, de clientelismo), que qualificam o cidadão para atuar no Júri, seja homem ou mulher. Exigências básicas prescrevem que, para ser jurado, a pessoa esteja em

excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução” (CPP, art. 436, §1º).

Anteprojeto de Reforma Global do Código de Processo Penal (PLS nº 156/09), em sua redação final (Parecer nº 1.636/2010) vai além, vez que possibilita a participação no conselho de sentença daquele que possua deficiência física, quando essa se mostrar compatível com a função. “A orientação está de acordo com o princípio da dignidade humana, que pressupõe a inclusão social de todos”⁴¹⁸. Destaco:

“Art. 349.

(...)

§1º. Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem, grau de instrução ou deficiência física, quando compatível com o exercício da função”.

A despeito da obrigatoriedade da participação do cidadão no Conselho de Sentença quando convocado e sorteado (CPP, art. 436), o Código de Processo Penal confere direitos aos jurados que efetivamente tenham participado de uma sessão de julgamento. São eles: a) presunção de idoneidade moral (CPP, art. 439); b) prisão especial antes da condenação definitiva, salvo se o jurado tiver sido excluído da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função (CPP, art. 295, X)⁴¹⁹; c) preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária (CPP, art. 440); e, d) impossibilidade de desconto nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri.

Apesar de todas essas garantias conferidas ao jurado, um dos graves problemas vivenciados no Tribunal do Júri, “é a falta de disponibilidade dos

gozo dos direitos de cidadania, esteja na faixa entre vinte e um e sessenta anos de idade e seja alfabetizada”. (VIVEIROS, op. cit., p.121)

⁴¹⁸ DOTTI, 2009, p. 199.

⁴¹⁹ A despeito da modificação operada no artigo 439 do CPP pela Lei n. 12.403/11, onde houve a supressão da garantia da prisão especial em caso de crime comum, até final julgamento, não se vislumbra qualquer modificação nessa garantia, eis que a mesma permanece hígida no artigo 295, inciso X do CPP. Nesse sentido: “Buscou-se eliminar o privilégio concedido aos jurados, em relação à prisão especial, caso houvesse necessidade de serem presos, durante o curso de processo-crime. Parte do direito à prisão especial concentrava-se na segunda parte do art. 439, hoje revogada. Porém, a outra parte, constante do art. 295, X, do Código de Processo Penal, permanece”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110).

cidadãos para se integrar nesse processo de colaboração cívica”⁴²⁰. Nesse sentido, constata-se a necessidade de implementação de outros direitos e benefícios que possam estimular a participação cívica. Foi pensando nisso que a Comissão de juízes constituída pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros⁴²¹ – para a elaboração de propostas ao Anteprojeto de Reforma Global do Código de Processo Penal, sugeriu que aos jurados fosse disponibilizado transporte público livre de custos para que pudessem se dirigir até o Tribunal do Júri. Sabemos que muitos são participantes da economia informal e não possuem condições financeiras para saírem de bairros distantes e se deslocarem até o local do julgamento. Assim, se ainda não é possível pensar-se numa gratificação para o exercício da função de jurado, penso que ausência de gastos com o transporte nos dias de convocação, incentivaria uma maior participação cívica no Tribunal Popular⁴²².

6.2.6. Do sorteio e composição do Conselho de Sentença.

Para cada reunião periódica ou extraordinária (conjunto de sessões a serem realizadas em cada pauta de julgamento) deverão ser sorteados 25 (vinte e cinco) jurados (antigamente disciplinava-se um número menor, de 21 jurados - CPP, art. 427) em ato público (“a portas abertas”) onde previamente tenha-se intimado o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública⁴²³ para que, querendo, participem do ato⁴²⁴.

⁴²⁰ DOTTI, 2009, p. 201.

⁴²¹ Conforme o Ato Executivo nº 07/2010 expedido pela Presidência da AMB em 27/07/2010, compunham a referida comissão os magistrados: Daniel Ribeiro Surdi de Avelar (TJPR); Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (TJRJ); Paulo Augusto Oliveira Irion (TJRS) e Nereu José Giacomolli (TJRS).

⁴²² A presente sugestão foi indicada na forma da Emenda nº 150, apresentada pelo Senador Antonio Carlos Valadares, adotando-se sugestão da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a qual restou negada pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, com base nos seguintes fundamentos: “A emenda em destaque é, sem dúvida alguma, meritória no seu propósito. No entanto, tememos entrarmos em um setor cuja regulação já é bastante complexa, afetando as relações entre as empresas concessionárias e o poder público em todas as regiões do Brasil. Melhor seria que os tribunais realizassem programas para garantir condições de participação de todos os cidadãos na instituição do júri, para que esta seja verdadeiramente democrática. Nesse sentido, embora reconhecendo a sua elevada intenção, somos pela rejeição da Emenda nº 150”. Para conhecer-se o teor de todas as emendas ofertadas, bem como, o parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, composta pelos Senadores Demóstenes Torres, Marco Maciel, Papaléo Paes, Marconi Pirello, Aloizio Mercadante, Renato Casagrande (Relator), Serys Slhessarenko, Almeida Lima, Valter Pereira e Patrícia Saboya, acessar: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84392&tp=1>> Acesso em 25/07/11.

⁴²³ “Art. 432. Em seguida à organização da pauta, o juiz presidente determinará a intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica.

O Código disciplina a presença de um número mínimo de 15 (quinze) jurados para se instalar a sessão de julgamento (CPP, arts. 463 e 464), garantindo-se assim a possibilidade de recusas pelas partes⁴²⁵ e um *quorum* mínimo de representantes da sociedade.

As recusas imotivadas sempre foram da essência do júri⁴²⁶ e não podem ser vistas como um procedimento antidemocrático ou viciado por preconceitos. Trata-se, na verdade, de uma faculdade concedida às partes de refutarem aqueles que jurados que (aparentemente) tenham entendimento diverso da tese a ser levantada em plenário⁴²⁷ e encontra guarida na própria ideia de sistema acusatório. Conforme anota Ferrajoli:

Art. 433. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária. § 1º O sorteio será realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião. § 2º A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes. § 3º O jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para as reuniões futuras”. Segundo Badaró, para o ato do sorteio dos jurados também deverão ser intimados os advogados dos acusados que serão julgados na reunião periódica. Para tanto, faz a seguinte exegese do disposto no §2º do art. 433 do CPP: “(...) uma interpretação conjunta do art. 432, com o §2º do art. 433 indica que a intimação das partes é necessária. Ora, como o Ministério Público já estará presente, por força do art. 432, a única interpretação possível para o vocábulo ‘partes’ no §2º do art. 433 é concluir que os advogados do acusado que será julgado na reunião periódica também deverão ser intimados do sorteio dos jurados que comporão o Tribunal do Júri durante a respectiva reunião. Assim, embora o comparecimento dos advogados do acusado não seja obrigatória, a sua intimação é exigência legal que não poderá deixar de ser observada” (BADARÓ, op. cit., p. 126).

⁴²⁴ A importância do sorteio de jurados é tamanha – especialmente para as futuras recusas – que, de *lege ferenda*, **deveriam ser igualmente intimados para participar do ato todos os advogados que fossem patrocinar defesas na reunião futura e não apenas um representante da OAB**. Trata-se de recomendação feita pelo Prof. René Ariel Dotti quando da qualificação do presente trabalho e que guarda estreita ligação com a perfectibilização de um procedimento verdadeiramente democrático e em paridade de armas.

⁴²⁵ “Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa. Parágrafo único. O jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes”.

⁴²⁶ Dissertando sobre o procedimento das recusas imotivadas dos jurados e sua imbricação histórica, anotou Rui Barbosa: “O direito à recusação peremptória é ingênito ao júri e dele inseparável. Nasceu com a instituição, com ela existiu, e, a ela inerente, a acompanha por toda a parte. Para mostrar como este direito constitui um dos elementos primários dessa entidade, a que ponto entra, por assim dizer, no seu plasma orgânico, bastará notar que, realizando-se ela conforme os povos que a adotaram, em dois tipos, distintos a vários respeitos, o britânico e o francês, num e noutro se manteve com a mesma amplitude e a mesma irrecusabilidade, esse caráter, essa raiz comum, que os irmana (...).’ ‘A recusação peremptória adere, pois, de um modo indestrutível, ao júri, como elemento substancial do seu organismo;’.”(FARIA JÚNIOR, César. Ruy Barbosa, o júri e a responsabilidade penal dos juízes (o crime de hermenêutica). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 34, p. 265-284, 2001, p. 273)

⁴²⁷ “Conforme adverte Fauzi Hassan: “Neste ponto teria sido melhor ousar, possibilitando um momento específico prévio ao julgamento onde as partes pudessem ter a oportunidade de perquirir as impressões pessoais do jurado ainda a ser escolhido e verificar sua eventual inclinação para preconceitos raciais, religiosos, econômicos, etc, acrescentando-se que tal

“A aceitação dos juízes pelos réus sempre foi, ademais, um traço característico do processo acusatório: em Roma, onde os juízes eram sorteados e recusados livremente pelas partes, contanto que se mantivesse o número prescrito, de modo que Cícero podia afirmar que ‘neminem voluerunt maiores nostri... esse judicem, nisi qui inter adversários convenisset’; no antigo processo acusatório inglês, em que igualmente era permitida ao réu a recusa *peremptória*, isto é, desmotivada, de vinte dos jurados sorteados; na breve experiência acusatória ocorrida durante a Revolução Francesa, quando foi permitido às partes recusar um dos juízes sem motivos e todos os demais mediante motivos fundamentados. E foi reivindicada, contra a introdução da recusa desmotivada no processo inquisitório e depois no processo misto, tanto por Montesquieu como pela maior parte dos criminalistas da Escola Clássica italiana: de Beccaria a Filangieri e Pagano, até Carrara, Lucchini e Pessina⁴²⁸”.

O que consubstancia objeto de crítica é a forma como as recusas são realizadas, eis que na maioria das vezes as partes não possuem mínimos critérios para exercer a faculdade legal além dos previstos no parágrafo terceiro do artigo 426 do Código de Processo Penal (nome, profissão e endereço⁴²⁹). Por isso, parte da doutrina (Fauzi Hassan⁴³⁰) postula a adoção do Brasil de um procedimento assemelhado ao sistema norte-americano.

Nos Estados Unidos, o sistema de escolha dos jurados é feito em três fases. Primeiramente, cidadãos são chamados para uma sessão inicial. Segundo, de um grupo de jurados elegíveis, alguns são eliminados pelas partes. Isso ocorre quando o juiz, o promotor e o advogado do acusado excluem um jurado

hipótese não é desconhecida de legislações nas quais o júri é parte intrínseca do sistema, e não um apêndice isolado como no direito brasileiro”. (CHOUKR, 2001, p. 75). Conforme veremos abaixo, esse procedimento é conhecido nos Estados Unidos como “*voir dire*” e tem por objetivo retirar do Conselho de Sentença pessoas parciais, preconceituosas e descomprometidas com o dever de cidadania insito à função de jurado.

⁴²⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 536.

⁴²⁹ Cabe enfatizar que, acolhendo proposta da Comissão designada pela AMB, o PLS n. 156/2009 passa a fornecer outras informações às partes para que elas possam exercer com mais objetividade o direito de recusas. Eis o novo dispositivo legal: Art. 339. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas **profissões**, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri. (...). § 3º Os **nomes, endereços, profissões e escolaridade** dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente, a quem caberá, com exclusividade, o conhecimento acerca do endereço dos jurados. (grifei).

⁴³⁰ Segundo anota Fauzi Hassan: “(...). Na face *in casu* o simulacro de controle é até vexatório, na medida em que se recusa ou se aceita a ‘participação cidadã’ sem qualquer base de racionalidade ou funcionalidade para com o sistema, deixando-se ao sabor das simpatias ou antipatias de cor, credo, raça, sexo a inclusão ou exclusão de alguém do sistema. Neste sentido, em vez de significar um incremento da participação cidadã, acaba sendo um recrutamento de credíes populares, como, pessoas de determinada profissão não servem para julgar determinadas causas, ou mulheres são melhores juradas para crimes passionais que homens (ou vice-versa, a imprestabilidade da colocação é a mesma) etc. Do ponto de vista técnico isto poderia se resolver com uma audiência prévia à sessão de julgamento com a submissão dos potenciais jurados a um confronto com as partes que, de forma motivada, rejeitariam determinada pessoa como jurada”. (CHOUKR, 2000, p. 474).

em particular diante de uma possível conexão com o acusado, com o promotor ou com a vítima do crime. Na última fase, permite-se que as duas partes excluam um número fixo de potenciais jurados (em muitos estados, esse número corresponde a doze para cada parte) por razões imotivadas (*challenge without case*)⁴³¹, tais como a circunstância de entender que aquela pessoa pode não simpatizar com a tese a ser levantada⁴³².

6.2.7. Do conhecimento a respeito dos fatos levados a julgamento.

“A maior e mais eficiente participação da cidadania no processo e no julgamento realizado pelo tribunal popular implica oferecer antecipadamente ao juiz de fato o conhecimento de atos relevantes do processo.”⁴³³ Ciente disso, o legislador reformador do Código de Processo Penal de 1941 determinou que após a exortação legal sejam entregues aos jurados cópias da pronúncia e, se for o caso, das decisões que julgaram admissível a acusação, bem como, de um relatório do processo⁴³⁴, pois, o “conhecimento da decisão de pronúncia, apenas como juízo de admissibilidade da acusação perante o Júri, e do relatório do processo – sem abordar o mérito da acusação e da defesa – são necessários para a melhor integração do jurado à causa penal”⁴³⁵.

O conhecimento dos fatos por meio da pronúncia, das decisões que a julgaram admissível e do relatório não podem, por outro lado, suplantar a intenção do legislador e fazer as vias de um veneno que contamine o cidadão-jurado a ponto de direcioná-lo a um pré-julgamento da causa penal.

A pronúncia⁴³⁶ deve observar limites estritos circunscritos ao reconhecimento da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de

⁴³¹ “Por meio do procedimento conhecido como *voi dire*, as partes podem fazer perguntas aos jurados sobre temas variados com o propósito de conhecer antecipadamente seus posicionamentos, sua ideologia, a sua visão de mundo, podendo então recusá-las à sua conveniência, são as chamadas recusas peremptórias (*challenge without case*), que são limitadas”. (VIVEIROS, op. cit., p. 122-123).

⁴³² SAVAGE, op. cit., p. 272.

⁴³³ DOTTI, 2009, p. 201.

⁴³⁴ “Art. 472. (...). Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”.

⁴³⁵ DOTTI, 2009, p. 203.

⁴³⁶ Conforme anota René Dotti: “A pronúncia é um ato decisório de natureza mista. Quando se limita a mandar o réu a julgamento pelo Júri, a decisão tem natureza e características de interlocutória. E ao impronunciar ou absolver o réu, o ato tem o conteúdo de uma

autoria (CPP, art. 413), cabendo ao magistrado atentar-se para o fim de evitar uma intromissão abusiva na consciência do jurado⁴³⁷.

Em decorrência disso, o legislador veda sob pena de nulidade que, durante os debates, as partes façam referência como argumento de autoridade, à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, ou à determinação do uso de algemas⁴³⁸, quando beneficiem ou prejudiquem o acusado. Ou, ainda, ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo⁴³⁹.

O PLS nº 156/09 (em sua redação final, Parecer nº 1636/10) aperfeiçoa e torna ainda mais técnico o dispositivo vigente ao deixar declarar que a nulidade não se dá pela mera referência à denúncia ou decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, mas sim, pelo destaque que se dá ao “*fundamento*” das decisões como ato de autoridade e aos “*motivos*” que determinaram o uso de algemas⁴⁴⁰.

sentença. A decisão de pronúncia deve limitar-se à admissibilidade da acusação a ser deduzida perante o tribunal popular, pronunciado o acusado quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria ou participação; impronunciando-o em caso contrário; desclassificando a infração atribuído ou absolvendo-o se estiver provada a inexistência do fato ou ficar demonstrada uma causa de exclusão da ilicitude ou de isenção de pena”. (DOTTI, **Anteprojeto do Júri**, p. 274-275).

⁴³⁷ Cf. DOTTI, 1994, p. 275.

⁴³⁸ “Da leitura conjugada do novo art. 474 do CPP com a Súmula Vinculante 11 do STF extrai-se que o acusado somente poderá entrar algemado em plenário se houver prévia decisão judicial, escrita, devidamente fundamentada, que indique, com base em elementos de prova existentes nos autos, uma situação concreta de necessidade excepcional do uso de algemas. De se observar que a lei trata de 3 hipóteses autorizadoras: ‘ordem dos trabalhos’, ‘segurança das testemunhas’ ou ‘garantia da integridade física dos presentes’. Já o preceito sumular permite o uso excepcional de algemas no caso de ‘receio de fuga’ ou de ‘perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros’. A expressão ‘ordem dos trabalhos’ do art. 474, não incluída no enunciado da Súmula Vinculante 11, deve ser interpretada restritivamente, posto que, se a ordem dos trabalhos puder ser mantida com o emprego de meios menos gravosos, o uso de algemas não deverá ser autorizado” (BADARÓ, op. cit., p. 182).

⁴³⁹ “Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo”.

⁴⁴⁰ “Art. 391. Durante os debates as não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – aos fundamentos da decisão de pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e os motivos determinantes do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo; III – aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada”. Verifica-se que o PLS n. 156/09 ainda vai além, eis que veda a utilização inclusive dos depoimentos prestados na fase criminal, ressalvando a prova emprestada. Badaró entende que a referida vedação já se encontra presente no sistema atual ao fazer-se a correta interpretação do disposto no art. 473, §3º a *contrario sensu*. Destaco: “Uma mudança radical da forma do Tribunal do Júri, a partir de uma interpretação *contrario sensu* do novo §3º do art. 473, consiste na impossibilidade de utilização, na sessão de julgamento, das provas

Por óbvio, a mera referência às palavras denúncia, acórdão, aresto, etc., não possui o condão de macular a fala das partes, até mesmo porque, os jurados recebem cópia dos referidos documentos e ainda podem ter acesso aos autos. Assim, o vício apenas desponta quando as referidas decisões são utilizadas como “ato de autoridade” a ensejar um pré-julgamento da causa pelos jurados, ou seja, quando o promotor de justiça, por exemplo, destaca que o magistrado já teria vislumbrado sérios indícios de autoria e que os mesmos recaem sobre a pessoa do acusado. É o que com acerto adverte Nassif:

“O dispositivo [art. 478] visa, no inciso I, coibir o aproveitamento pelas partes da manifestação judicial, oficial, sobre situações jurídicas e, mesmo, de fato, lançada nos autos, especialmente a pronúncia e decisões posteriores que versam sobre a admissibilidade da acusação, eficaz para produzir influência no ânimo dos jurados e contaminar sua decisão de consciência. Com ela, será evitada a transferência de presumíveis entendimentos do juiz presidente aos jurados, uma vez que o magistrado terá que se manifestar sobre circunstâncias do fato, sua exigência, autoria, bem assim, sobre qualificadoras, que, em nem sempre permitem uma linguagem rigorosamente neutra.”⁴⁴¹

O referido gravame se desnuda ainda mais quando não operado um controle sobre o eventual excesso de linguagem da decisão de pronúncia. Por outro lado, como já destacado, não se pode reconhecer a nulidade quando apenas o *nomen juris* da peça processual é argüida pelas partes em plenário, sem qualquer excesso ou pré-disposição.

De qualquer forma, a fim de evitar surpresas durante os debates e melhor explicitar as regras processuais aos jurados, seria de bom alvitre que o magistrado, quando da entrega das cópias referenciadas (da pronúncia, da decisão que julgou admissível a acusação e do relatório do processo), explicasse aos juízes leigos que as mesmas se destinam apenas a subsidiar informações (ainda que precárias) sobre o caso penal e que não devem ser entendidas como uma forma de pré-julgamento, deixando claro que por força da Constituição Federal, são eles (jurados) os juízes naturais daquela causa.⁴⁴²

produzidas no inquérito policial ou mesmo no iudicium accusationis, com exceção das provas cautelares, antecipadas ou irrepetíveis. (...).Correta a impossibilidade de utilização, no procedimento do júri, dos elementos de informação produzidos o inquérito policial. Tais elementos não são ‘provas’, em sentido estrito, não podendo ser valorados pelo juiz para a formação do seu convencimento, no momento do julgamento do mérito. Provas, em sentido estrito, são somente os elementos de convicção produzidos em contraditório, na presença do juiz e das partes”. (BADARÓ, op. cit. p. 173-174).

⁴⁴¹ NASSIF, op. cit. p. 123.

⁴⁴² A ideia da aplicação do princípio do juiz natural atrelado aos jurados sorteados para uma determinada reunião é defendida por Paulo Rangel nos seguintes termos: “Publicada a

6.2.8. A publicidade, oralidade e a participação do jurado durante a instrução em plenário.

A publicidade do julgamento corresponde a um consectário lógico do controle do próprio procedimento, sendo concebida por Ferrajoli, juntamente com a oralidade, como “garantias de segundo grau” ou “garantias de garantias”, tratando-se dos requisitos seguramente mais elementares e evidentes do método acusatório⁴⁴³.

A publicidade do julgamento no plenário do júri assegura o controle da atividade desenvolvida pelas partes e pelos jurados, vez que, “à luz do sol”, os argumentos e contra-argumentos lançados e que constituirão parte do questionário levado aos jurados são fiscalizados pela sociedade ali presente.

Conforme destaca Ferrajoli, “existe um nexo indissolúvel entre publicidade e democracia no processo”, pois, a “opção pela transparência dos juízes representa, (...) a discriminante mais segura entre cultura jurídica democrática e cultura autoritária.”⁴⁴⁴

É sabido que a formação do convencimento do julgador se dá a partir das provas carreadas aos autos. Na oralidade que permeia o procedimento do júri, o princípio da imediação⁴⁴⁵ ganha especial relevo, sendo possível aos jurados,

pauta com os processos que serão submetidos a julgamento naquele mês, **não pode haver alteração, sob pena de se violar o princípio do juiz natural.** (...) Se um réu, por alguma razão, não pode ser julgado dentro daquele mês, esse dia de julgamento ficará vago, salvo se outro réu, do próprio mês, puder ser julgado nesse dia em remanejamento de dias, mas não de pauta do mês” (RANGEL, op. cit., p. 218/219 – sem grifo no original).

⁴⁴³ FERRAJOLI, op. cit., p. 567. Para o autor, “(...) somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto, de forma oral e concentrada, e se ademais for conforme o rito voltado a tal fim predisposto, e enfim a decisão for vinculada de modo a dar conta de todos os eventos processuais além das provas e contraprovas que a motivam, pode-se ter de fato uma relativa certeza de que tenham sido satisfeitas as garantias primárias, mais intrinsecamente epistemológicas, da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa. Por isso a publicidade e a oralidade são também traços estruturais e constitutivos do método acusatório formado pelas garantias primárias, ao passo que o segredo e a escritura representam por outro lado traços característicos do método inquisitório.”

⁴⁴⁴ “Não por acaso o princípio de publicidade, introduzido durante a Revolução Francesa com os decretos de 8-9.10.1789 e de 16-29.09.1791, foi afastado, assim com a breve experiência acusatória, pela reação termidoriana e depois pela codificação napoleônica. E no século passado o valor da publicidade, enquanto foi reivindicado com força por toda a Escola liberal clássica, foi repudiado com a mesma força pelas orientações retrógradas do pensamento jurídico em nome de frustrados argumentos de eficiência, ou, pior ainda, em nome do valor associado ao anonimato da justiça como sinal de sua universalidade.” (Ibid, p. 569).

⁴⁴⁵ Conforme assevera Frederico Marques, a imediatidade “consiste em obrigar o juiz a ficar em contacto direto com as partes e as provas, recebendo assim, também de maneira

desde que não externem a manifestação do voto, interagir, via juiz-presidente, no momento da produção probatória em plenário. Tal procedimento encontra guarida no ideal democrático participativo, eis que possibilita que o jurado deixe de ser um mero destinatário da prova produzida e passe a buscar os elementos necessários a formação do seu convencimento.

Outrossim, a concentração numa única instrução e debates orais em plenário torna menor “o perigo do desaparecimento das impressões pessoais e dos fatos que a memória registra⁴⁴⁶”, garantindo assim ao juiz leigo um melhor julgamento dos fatos.

É com a oralidade (e seus consectários: concentração, imediação, economia, celeridade e publicidade) que se garante ainda o controle popular do processo levado a julgamento, mesmo por aqueles que não participam do julgamento, mas presenciam publicamente o ato. Conforme anota Vescovi, o processo oral em audiência pública é o único no qual se pode dar a publicidade reclamada por todos, sem discrepância⁴⁴⁷. Segundo destaca Ferrajoli:

“A oralidade, de fato, vale tanto para garantir a autenticidade das provas e o controle pelo público e pelo imputado da sua formação, como comporta, em primeiro lugar, o tratamento da causa em uma só audiência ou em mais audiências aproximadas, de qualquer modo sem solução de continuidade; em segundo lugar, a identidade das presenças físicas dos juízes do início da causa até a decisão e, em terceiro lugar, e conseqüentemente, o diálogo direto das partes entre si e com o juiz, de modo que este conheça a causa ‘não com base em escrituras mortas, mas com base na impressão recebida’”⁴⁴⁸.

A tudo o que foi dito, some-se ainda o fato de que a instrução realizada em plenário deverá ser feita pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar (CPP, art. 475), circunstância propiciadora de uma maior fidelidade, celeridade na colheita da prova e que ainda fomenta uma melhor análise do julgamento em grau de recurso⁴⁴⁹.

direta, o material e elementos de convicção em que se baseará o julgamento”. (MARQUES, José Frederico. **O júri no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 135-136).

⁴⁴⁶ MARQUES, 1955, p. 135.

⁴⁴⁷ VESCOVI, op. cit., p. 370.

⁴⁴⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 571.

⁴⁴⁹ Conforme anota René Dotti: “O registro mais dinâmico e eficiente da prova colhida em audiência é uma das providências absolutamente necessárias para liberar os protagonistas do Tribunal do Júri da servidão humana a que têm sido condenados durante todo o tempo de vigência do sistema de gravação manuscrita e, depois, datilográfica. (...). Há necessidade, imperiosa e urgente, de libertar os participantes essenciais do processo da tormentosa aventura de navegar no universo da prova testemunhal com os antigos barcos a vela e os diários de bordo, escritos com a pena do ganso. Não se admite que, a margem do processo da ciência e da tecnologia, os instrumentos para a busca da verdade material continuem sendo as peças de museu com as quais o magistrado e as partes pretendem recontar a história e a biografia dos personagens

Para a instrução em plenário, as partes poderão arrolar até 05 (cinco) testemunhas, as quais são intimadas e/ou requisitadas para serem ouvidas durante a sessão de julgamento⁴⁵⁰. O contato do jurado com a produção da prova oral colhida durante a sessão de julgamento é de suma importância para a formação de suas impressões e reconstrução do fato levado a julgamento, devendo ser renegadas a um segundo plano a dispensa das oitivas em Plenário e a pura e simples leitura de peças do processo. Nesse sentido, merece destaque a advertência feita por Frederico Marques:

“O convencimento do jurado, para ser sincero, deve brotar do contato direto com a prova. Depois de ouvir o que narram as testemunhas e esclarecem os peritos; depois de presenciar a reprodução dos fatos feita ao vivo – é que o juiz leigo, com essas impressões, terá de tudo uma visão panorâmica que lhe norteie a decisão. O julgamento através de peças probatórias mumificadas no procedimento escrito, é um julgamento analítico e escolástico, dedutivo e frio, que, por isso mesmo, não se casa com as qualidades das decisões do júri, onde o bom senso e a intuição, colocados em plano predominante, é que inspirarão o juízo sobre a espécie. O processo formativo da convicção do jurado somente na oralidade plena encontra seu clima e ambiente propício.”⁴⁵¹

Conforme anota René Ariel Dotti, o “jurado deve participar na instrução e nos debates e, como juiz, deve aproveitar não só a prova oferecida pela parte como também a colhida por si mesmo”⁴⁵². Nesse sentido, ganha força a regra prevista no artigo 473, §2º do Código de Processo Penal que garante a possibilidade de perguntas dos jurados ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz-presidente. Segundo anota Badaró:

“A parte final do §3º do art. 473 constitui importantíssima inovação, que procura preservar a oralidade do procedimento do Tribunal do Júri, impondo que, em regra, as provas sejam produzidas na própria sessão de julgamento, possibilitando aos jurados um melhor conhecimento dos fatos. Na sistemática originária do CPP, muitas vezes os jurados analisavam a prova com base apenas na leitura que a acusação e a defesa faziam dos testemunhos produzidos anteriormente, a formação do convencimento dos jurados será muito melhor se as testemunhas forem inquiridas perante o Conselho de Sentença, podendo inclusive os jurados formular perguntas a elas, consoante o disposto no art. 473, caput e

da causa penal”. (DOTTI, 1994, p. 278). Lastima-se apenas a regra prevista no parágrafo único do art. 475 do CPP, a qual ordena seja realizada a transcrição do registro dos depoimentos e interrogatório após feita a degravação. Além mostrar-se incongruente ao pactuado na cabeça do artigo (o qual objetiva celeridade e fidelidade), é ainda contraditória ao disposto no parágrafo segundo do art. 405 do CPP, o qual reza que a transcrição do registro da instrução realizada no sumário de culpa não constará dos autos.

⁴⁵⁰ “Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligências”. A mesma redação é mantida pelo PLS nº 156/09 (Redação Final) em seu artigo 335.

⁴⁵¹ MARQUES, 1955, p. 138.

⁴⁵² DOTTI, 2009, p. 205.

§2º, do CPP. Na sessão de julgamento, portanto, poderá ser aplicado, em sua plenitude, o sistema da oralidade, com concentração, imediatidade e identidade física do juiz”⁴⁵³.

Os jurados podem a qualquer momento pedir ao orador, através do juiz-presidente, que indique a folha dos autos onde se encontra o documento por ele referenciado, facultando-se ainda, de igual forma, solicitar o esclarecimento de fato por ele alegado (CPP, art. 480)⁴⁵⁴. Ainda, após concluídos os debates, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz-presidente⁴⁵⁵. A presente inovação garante a **democratização da colheita da prova em plenário** e busca atingir os seguintes objetivos:

“a) ampliar os caminhos para a descoberta da verdade, superando dúvidas e incertezas que não podem ser confidenciais ou discutidas em voz alta, em face da incomunicabilidade a que estão submetidos os juízes populares; b) reduzir as possibilidades da indução em erro, expediente afrontoso aos princípios éticos de que se podem valer os procuradores de má-fé”⁴⁵⁶.

A legislação foi cuidadosa para com o cidadão-jurado, pois, ciente que, em tese, não possui conhecimentos técnicos, garantiu a ele a possibilidade de ao final dos debates solicitar outros esclarecimentos e, sendo a dúvida sobre

⁴⁵³ BADARÓ, op. cit., p. 175.

⁴⁵⁴ Alguns doutrinadores sustentam que os jurados apenas podem realizar questionados sobre a matéria fática e nunca sob os aspectos de direito. Logo, se o jurado requeresse esclarecimentos ao juiz sobre as consequências do reconhecimento de uma qualificadora, tal resposta não poderia ser dada (RANGEL, op. cit., p. 259). Contudo, uma vez que o julgamento se dá por juízes leigos e que a busca pelo melhor esclarecimento do fato como um todo é um direito do jurado (o qual certamente restaria no mínimo decepcionado se uma dada pergunta ficasse sem resposta) e um dos objetivos do julgamento, bem como, ponderando que por vezes a matéria fática encontra-se entrelaçada com aspectos jurídicos, verifica-se não ser possível estabelecer-se uma inquebrável separação entre fato e direito. Nesse sentido, anota Badaró: “Embora seja comum a afirmativa de que, no Tribunal do Júri, o juiz presidente julga as questões de direito, notadamente as relativas à fixação da pena, e os jurados julgam os fatos, tal assertiva é equivocada. Os jurados também decidiam sobre questões de direito, na sistemática anterior, quando, por exemplo, afirmam que a agressão é ‘injusta’, na legítima defesa, ou que houve ‘coação moral’. O mesmo continuará a ocorrer, mesmo no novo regime simplificado de quesitação, quando se indagar aos jurados, por exemplo, se o crime deve ser desclassificado de doloso para culposos. Aliás, o fato dificilmente se separa do direito, sendo íntima a relação entre a matéria de fato e a matéria jurídica. Melhor seria, portanto, que o novo art. 482 dispusesse que jurados serão questionados sobre a existência do crime e a sua autoria, bem como se o acusado deve ser absolvido. Por outro lado, em caso de condenação, ao juiz caberia aplicar a pena ou a medida de segurança” (BADARÓ, op. cit., p. 199).

⁴⁵⁵ “Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz-presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado. §1º. Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos. §2º. Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimento à vista dos autos. §3º. Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz-presidente”.

⁴⁵⁶ DOTTI, 1993, p. 83.

questão de fato, deverá o juiz-presidente esclarecê-la à vista dos autos (CPP, art. 480/481). Nesse sentido:

“A Reforma ampliou a possibilidade de investigação da verdade material por parte do juiz de fato e estimula a sua atuação, e não a sua omissão durante os debates, como era comum no regime anterior. A regra ampliada permite conferir a sinceridade ou não da parte na exposição dos fatos e caracteriza uma referência de ética profissional”⁴⁵⁷.

Contudo, apenas quando se mostrar impossível sanar a dúvida levantada pelo jurado deverá o magistrado suspender o julgamento, dissolver o Conselho de Sentença e determinar a realização da diligência faltante⁴⁵⁸. Nesse caso, do novo julgamento não poderá fazer parte nenhum dos jurados que tenham composto o conselho de sentença anterior.

6.2.9. A simplificação do questionário como forma de instrumentalizar a verdadeira manifestação da vontade do cidadão-jurado.

Quanto ao modo de obter-se a manifestação de vontade do Conselho de Sentença, identificam-se dois modelos distintos: a) o modelo inglês, onde prevalece a ausência de quesitos e emerge a decisão dos jurados da pergunta a respeito da culpa do acusado (*guilty or not guilty*); e b) o modelo francês, onde os jurados respondem a uma série de quesitos a respeito das teses levantadas durante o procedimento.

Em artigo intitulado “*Crise Existencial do Júri no Direito Brasileiro*”, Rui Stoco identifica que um dos grandes problemas enfrentados pelo Tribunal Popular seria a absurda complexidade do sistema de formulação do questionário a ser submetido aos jurados, o que tornaria por vezes impossível ao juiz leigo, homem do povo não afeito à teoria do Direito, escolher responder “sim” ou “não” a cada uma das perguntas feitas⁴⁵⁹. A complicada e truncada “euremática”⁴⁶⁰ dos quesitos

⁴⁵⁷ DOTTI, 2009, p. 205.

⁴⁵⁸ Segundo anota Fauzi Hassan, apenas na “(...) situação limite, na qual o jurado se mostra insuperavelmente inabilitado para julgar, pode acarretar a dissolução do conselho e a designação de nova data para julgamento. isto, porém, depois de esgotadas todas as possibilidades de realização da diligência e a prestação de informações pelo juiz togado para que o jurado alcance, no mínimo, o estado de dúvida (o que levaria à absolvição da pessoa acusada (...)).” (CHOUKR, op. cit., p. 153).

⁴⁵⁹ STOCO, Rui. **Crise existencial no júri no direito brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais, ano 80, vol. 664, p. 252, fev-1991. Trata-se da advertência igualmente feita por Rui Stoco, no artigo “Tribunal do Júri e o projeto de reforma de 2001”, publicado na Revista Brasileira de Ciência Criminais, v. 36, out/dez. 2001 e citado por René Ariel Dotti, no texto “A presença do cidadão na reforma do júri”. Ob. cit., p. 207 “(...) Como se verifica, hoje, lamentavelmente, o Júri converteu-se em perigosa fonte de nulidades e assumiu o estigma da ineficiência e da morosidade. No sistema vigente, de cada quatro julgamentos dois são anulados por vícios do questionário ou por decisão

sempre foi uma fonte “inexaurível de nulidades”⁴⁶¹, um verdadeiro “tormento bíblico”.⁴⁶²

Em retrospectiva histórica, verifica-se que uma quesitação complexa dificulta a atuação do juiz leigo e pode ser identificada como uma forma de controle da decisão popular e não como simples aferição de sua vontade, ainda mais quando se constata que o ato de decidir se dá de forma interior, solipsista e sem fundamentação.⁴⁶³

contrária à prova dos autos, levando os Tribunais de Justiça a determinar sua renovação. Exemplo claro e evidente desse equívoco do Código de Processo Penal em vigor, que sequer foi inteiramente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mantendo formalismos indesejados, a dano da garantia e dos princípios da defesa efetiva e da celeridade, foi o recente julgamento e condenação, pelo Tribunal do Júri da capital de São Paulo, de um coronel que comandou a invasão, pela força policial, da Casa de Detenção, considerada um dos maiores presídios do País, que a imprensa denominou ‘Massacre do Carandirú’. Aos jurados foram submetidas duas séries de quesitos. A maioria deles sobre questões de direito. Os juízes leigos, homens do povo, não afeitos à teoria do Direito, tiveram que responder a questões acerca do ‘estrito cumprimento do dever legal’, ‘inexigibilidade de conduta diversa’ e outras. As formulações e as respostas dadas poderão conduzir à anulação de um julgamento rumuroso, custoso, importante e demorado, levando ao descrédito e à desmoralização do Poder Judiciário, frustrando e aumentando e até perenizando a dor dos parentes das vítimas e impondo ao acusado uma demora na definição que não se coaduna com aqueles princípios constitucionais referidos.

⁴⁶⁰ MARQUES, José Frederico. **O júri**. Coletânea Estudos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1960, p. 235.

⁴⁶¹ TOURINHO FILHO, 2003, p. 152.

⁴⁶² Exemplificando com maestria o grande tormento que era a votação dos quesitos, René Ariel Dotti traz a lume uma crônica de Olavo Bilac, intitulada “O Júri”, a qual retrata o momento sublime da coleta dos votos pelo Conselho de Sentença: “A acusação fora frouxa; a defesa fora calorosa e clara, e clara no espírito do júri. O réu sentia que a palavra do seu advogado ia pouco a pouco abrandando os corações dos jurados, e transformando-lhes as rijas fibras musculares e mole cera. E o desgraçado exultava. Pela janelas do velho casarão do antigo Museu, mirava ele lá fora o céu azul, o livre revoar das andorinhas. (...) A oração do advogado acabara. Alguns jurados, comovidos, enxugavam os olhos. O presidente do tribunal, do alto do estrado, lançava sobre o réu um olhar enternecido e amável. Formularam-se os quesitos. Fechou-se sobre o júri a porta da sala secreta. E toda a gente que enchia a sala das sessões rejubilava e sorria, certa de que o homem seria absolvido. Puro engano. Quando o presidente leu as respostas aos quesitos formulados, houve um espanto grande e indizível: o sujeito estava condenado a quinze anos de prisão! Como? Por que? – os jurados não tinham medido as palavras, tinham confundido as respostas, tinham trocado os quesitos, e força era declarar o réu criminoso... Em vão, tentando demover do seu propósito o juiz, clamava o advogado que a intenção do júri fora outra, pois não havia ali um jurado que não estivesse convencido da inocência do mísero. Em vão! O juiz declarou terminantemente que de boas intenções está o inferno calçado, e o pobre diabo teve de desistir dos seus belos projetos de bom jantar e de noite alegre; voltou para a cadeia, sem compreender aquela atrapalhão”. (DOTTI, 2009, p. 207, 209-2010).

⁴⁶³ “A análise histórica do *modus* de proferir o veredicto não deixa dúvidas quanto a ter sido ele introduzido como forma de controlar com mais eficácia – pela ótica estatal – a participação popular, muito mais independente no modelo imperial anterior à reforma de 1841 e que se baseava na possibilidade de discussão pelo conselho de sentença (e de admissibilidade também) daquilo que havia sido produzido no âmbito probatório. Depois, o modelo veio sendo reproduzido nas legislações sem grandes questionamentos dogmáticos (como já se disse estes nos mais das vezes voltados para o alargamento ou diminuição da competência do tribunal ou quanto à sua ubiquação constitucional ou não) o que é de ser entendido com naturalidade, pois a democracia nas relações sociais (e, portanto, jurídicas) neste país foi muito menos uma regra substancial e muito mais uma imposição formal, donde não ter gerado grande complexidade que o momento máximo da

Buscando resolver o intrincado problema e ciente que a “simplicidade na redação dos quesitos é uma exigência elementar para a busca da verdade e a realização da justiça”⁴⁶⁴, a Lei n. 11.689/08 procedeu alteração no questionário a ser apresentado ao Conselho de Sentença, determinando que os quesitos sejam obrigatoriamente redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada uma deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão sobre a matéria de fato. Além disso, acrescentou que após as perguntas sobre materialidade e autoria delitiva, sejam os jurados questionados quanto a possibilidade de absolvição do acusado⁴⁶⁵.

Outrossim, em momento anterior ao recolhimento dos jurados à sala especial de votação, é dever do juiz-presidente realizar a leitura dos quesitos em plenário, possibilitando-se uma eventual impugnação pelas partes e realizar a explicação aos jurados do significado de cada um deles (CPP, art. 484 e parágrafo único).

Dessa forma, aliando-se a simplificação dos quesitos, a necessária clareza na redação e a explicação individual de cada um deles, vemos que o Tribunal do Júri busca cumprir a sua missão constitucional se ser um meio de efetiva participação popular.

participação popular seja também o momento máximo de controle estatal (com quesitos, onipresença do Estado-Juiz). (CHOUKR, 2001, p. 77-78)

⁴⁶⁴ DOTTI, 1994, p. 279.

⁴⁶⁵ “Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada uma deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes. Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; (...)”. A simplicidade no trato da formulação dos quesitos foi mantida e incrementada no PLS nº 156/09, determinando-se que os quesitos sejam redigidos sobre a matéria de fato admitida pela pronúncia e a que tiver sido alegada pela defesa em plenário. Ainda, deve ser formulados em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com o adequado grau de clareza e precisão (CPP, art. 395 e parágrafo único). Outrossim, acrescentou que o primeiro quesito a ser respondido seja sobre a possível absolvição do acusado (CPP, art. 396, I). Assim, a despeito de possíveis críticas que possam ser aduzidas ao *disegno di lege* (DOTTI, 2009, p. 209), verifica-se que ele segue o mesmo espírito do reformador de 2008, ou seja, simplificar a muito complexa formulação de quesitos a ser submetida ao Conselho de Sentença.

6.2.10. O julgamento sem motivação externa como supedâneo da participação do cidadão-jurado e instância do exercício democrático.

Conforme já destacado, o cidadão-jurado não possui obrigatoriamente conhecimentos jurídicos, pois, trata-se de pessoa leiga de notória idoneidade que, uma vez preenchendo os requisitos legais (idoneidade e idade mínima), passa a julgar o caso concreto de acordo com os seus critérios de justiça⁴⁶⁶.

Assim, não seria exigível que no momento da decisão o jurado expusesse em termos jurídicos a motivação do seu voto. Se assim fosse, o Conselho de Sentença seria formado por um corpo de juristas que não representariam verdadeiramente a comunidade⁴⁶⁷.

O que se busca através do julgamento popular é que o jurado decida como um “cidadão comum” representativo de sua comunidade, como ser humano igual ao próprio acusado. Pretende-se que o jurado utilize de sua experiência de vida, de seus sabores e dessabores de homem médio e que aplique seus valores ao caso concreto.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ “O aplicador leigo, desapegado a orientações formalísticas, ao contrário do que em regra sucede ao juiz togado de formação tradicional, orienta-se basicamente por sentimentos de justiça popular, mirando mais interessadamente o homem como objeto central de sua preocupação, o homem como categoria universal, representado, nos crimes de homicídio, pelo réu e pela vítima como pessoas reais, com todas as suas qualidades, virtudes e defeitos, localizados num contexto social de espaço e tempo também real; os fatos são apreciados muito mais em função de suas circunstâncias e motivação e a própria sanção, via de regra, é controlada, agravada ou mitigada de acordo com aspectos e nuances ligados à personalidade, condições sócio-econômicas-culturais do réu e da vítima e a eventual contribuição que esta tenha dado para o crime. Em verdade, o Júri é o local onde os homens da comunidade julgam réus e vítimas, não como mero personagens de ficção literária e sob critérios puramente técnicos e formais, na frivolidade gélida dos gabinetes com ar condicionado, onde se emitem juízos muitas vezes automatizados, de modo burocrático e quase virtual, com decisões em série; no Júri, o fato-crime é iluminado por todas as dimensões que a dialética dos debates proporciona, e a sua aura permite que os juízes do povo façam, não apenas um trabalho de lógica formal, mas um encontro consigo mesmo; através do exercício de íntima e silenciosa reflexão, os jurados mergulham para além da superfície do tecnicismo que aferra o juiz togado, e muitas vezes vão aos mais recônditos setores da sensibilidade humana à procura da eterna equação da problemática representada nas antíteses: vida e morte, prisão e liberdade!”. (VIVEIROS, op. cit., p. 101).

⁴⁶⁷ Já pregava Bonfim, dirigindo-se a Elóscolo de Nóbrega: “(...). De fato, parecem-nos, a unanimidade de ‘doutores’ (como lobrigava o referido lente) retira a essência e a justificação do Júri, suprimindo-lhe vorazmente a capacidade auscultativa da vontade popular. O mecânico e o bancário, o estudante e o funcionário, todos, de ‘notória idoneidade’, não necessitam de formação acadêmica para bem julgarem e, prolatarão, nesse contexto, a sentença que seja o ditame da vontade popular”. (BONFIM, 1993, p. 311).

⁴⁶⁸ “Na jurisdição do Júri, ao contrário do que sucede ao juiz togado na jurisdição singular, o jurado não tem a lei como único parâmetro de atuação; ao julgar um caso concreto sob sua apreciação, não se utiliza dos textos de lei como insumos ou matéria-prima fundamental, não busca exclusivamente na norma posta pelo Estado as razões que ditam a formação do seu convencimento sobre a culpabilidade ou inocência do acusado; no seu veredicto silencioso de

O julgamento imparcial, jungido por preceitos de ordem moral, de liberdade de consciência e a soberania dos veredictos, são preceitos inerentes ao julgamento popular e confirmam o controle democrático exercido sobre o Poder Judiciário. Nesse sentido, destaca-se a pena de René Ariel Dotti:

“(…). A imparcialidade, a liberdade de consciência e a determinação de justiça são deveres indeclináveis e virtudes que caracterizam a soberania dos veredictos como um dos requisitos de existência e de funcionamento do tribunal popular (CF, art. 5º, XXXVIII, letra c). O jurado pode decidir acima e além das regras jurídicas, resolvendo em favor da justiça o conflito entre a lei e o direito. Essa liberdade para decidir segundo a sua livre convicção e as exigências da justiça constitui exceção à regra da fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX). (...). Sob outro aspecto, a liberdade de consciência e o dever de justiça permitem que o juiz de fato reconheça causas supraleais de exclusão de crime e de isenção de pena, máxime com a nova orientação legal para o questionário (arts. 482 e 483). O jurado não está obrigado a motivar por escrito a sua decisão. As teses de acusação e de defesa são conhecidas e decididas pelos parâmetros morais e não em função de balizas legais”⁴⁶⁹.

Tal fato é exemplarmente identificado na “liturgia do juramento”⁴⁷⁰, ou seja, momento onde o magistrado invoca a cada uma dos 07 (sete) jurados selecionados a examinar a causa com imparcialidade a proferir a decisão de acordo com a consciência e os ditames da justiça⁴⁷¹.

Para parte da doutrina, a ausência de motivação no ato de julgar, além de inerente à feição do jurado-leigo, serviria ainda como uma forma de **aprimoramento da legislação penal**, taxada por vezes de insatisfatória ou injusta e

cidadão leigo, não tendo obrigação alguma de conhecer textos de lei, é bastante freqüente e natural que tenda a decidir sob critérios distintos dos da legalidade dos códigos, com base em valorações sociais subjetivas, pensamentos tópicos, conhecimentos empíricos, de acordo com valores e sentimentos de justiça próprios e reinantes da comunidade a que pertence em determinado momento histórico e contexto social. Aliás, a ideia central da participação popular no Júri é exatamente esta: que o jurado decida enquanto cidadão comum; que os fatos sejam apreciados sob a ótica de um homem ‘igual’ ao acusado, com base em conhecimentos empíricos, valores e sentimentos provenientes da sua experiência de vida, que se poderia chamar de um direito das ruas; é dizer, um olhar mais humano e menos técnico-dogmático, sobre os outros homens, vítimas e acusados”. (VIVEIROS, op. cit., p. 76.)

⁴⁶⁹ DOTTI, 2009, p. 201

⁴⁷⁰ “A liturgia adotada pelo juiz de fato ao responder, de pé e com o braço direito, ‘assim o prometo’, assume um caráter simbólico inerente à instituição e a sua responsabilidade humana e social”. (Id).

⁴⁷¹ O PLS n. 156/09 (em sua redação final) promove a inclusão da expressão “de acordo com a prova dos autos” (“Art. 385. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: ‘Em nome da lei, concito-vos a examinar essa causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a prova dos autos, a vossa consciência e os ditames da justiça’. (...)”). Tal acréscimo guarda sintonia com o disposto no art. 593, III, “d” do CPP, que trata da hipótese de anulação do julgamento quando a decisão dos jurados se mostrar manifestamente contrária à prova dos autos.

uma forma de controle, tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário, pois, uma lei arbitrária sem aplicação prática é mera previsão legal.⁴⁷²

Nesse sentido é emblemático o exemplo citado por Tourinho Filho:

“A pobre mulher do operário, com três ou quatro filhos, que viesse a provocar aborto, não encontraria, talvez, a clemência desejada nas mãos do juiz togado. Este, à semelhança do Magistrado que se mumifica na tessitura do texto, anatematizado por Anatole France, diria: nós somos Juízes e não legisladores ou filósofos... Mas o tribunal popular a absolveria, respondendo: Nós somos homens. A mulher que abortasse para esconder a própria desonra, fatalmente seria condenada pelo Juiz singular, se este tivesse competência para julgá-la. O Tribunal Popular dificilmente o faria. Nem sempre o legislador transfunde, na lei, o sentimento popular, mas o seu ponto de vista (...). Aos poucos, contudo, as reiteradas decisões do Júri convencem o legislador do seu desacerto”⁴⁷³.

Dessa forma, o julgamento do acusado pelos seus pares é fórmula que possibilita o reconhecimento das particularidades morais de cada sociedade (inerente a um Estado de tamanho continental como é o caso brasileiro), evita a massificação dos julgamentos operada por uma máquina (togada) judiciária por vezes incitada por metas de produtividades (ver nesse sentido as metas do Conselho Nacional de Justiça⁴⁷⁴) e garante a aplicação do critério de equidade, tão

⁴⁷² “Desta forma, a função do Tribunal do Júri adquiriria uma especial relevância porque, de um lado, aportaria com seus próprios pontos de vista na interpretação dos fatos supostamente delitivos; por outro lado, enquanto atua como corretivo da lei, converte-se em um meio de controle, tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Judicial, pois, como matizam os defensores do Júri, a proteção da sociedade contra os atos do Parlamento, se estes chegassem a ser tirânicos, não se conseguiria tão só com a remoção dos membros desta instituição – nas eleições gerais – senão se requerendo um controle do Poder Judicial na medida em que ‘...para fazer a tirania não basta fazer leis cruéis ou declarar culpados e inocentes; é preciso ter juízes que castiguem estes fatos ou façam a aplicação daquelas leis’”. (VIVEIROS, op. cit., p. 47).

⁴⁷³ TOURINHO FILHO, 1994, p. 60-61. Nesse sentido, merece destaque a fala de Araújo Lima o qual indica o desapego do jurado à letra fria da lei como uma forma de melhor servir ao interesse social: “(...) os crimes dolosos contra a vida são, precisamente, aqueles que mais impacto causam na sociedade. E são aqueles que, muitas vezes, os juízes togados não podem sentir pois estão afeitos a fórmulas técnicas, estão mais preocupados em equacionar a jurisprudência, casos julgados, transferindo para isso a responsabilidade que o jurado não transfere, que é dele, na interpretação psicológica e humana de circunstâncias que brotam através de um debate entre acusação e defesa, debate circular, completo, para a verdade humana. (...) Os juízes togados se limitam àquilo que foi relatado muito sucintamente, não viram as circunstâncias da prova, não viveram as circunstâncias do debate (...)”. (LIMA, Carlos de Araújo. Os grandes processos do júri, 1º volume. 4ª edição. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957, 480p, p. 35-36. *Apud*. CASTRO, Kátia Duarte. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 60). Assim, conforme anota Castro, “(...) a coesão social obtida através do controle social informal, que se relaciona com a opinião pública e os usos e costumes observados dentro da sociedade, é superior à simples submissão do indivíduo ao ordenamento jurídico. E, no que tange ao controle formal, esta coesão será maior se a norma jurídica for dotada de eficácia e legitimidade, isto é, se a população a reconhecer como legítima. O Tribunal do Júri conjuga, no procedimento adotado para o julgamento de crimes a ele submetidos, estas duas espécies de controle”. (CASTRO, op. cit., p. 121-122).

⁴⁷⁴ A Meta de Nivelamento n. 02/2009 do CNJ determina a todos os tribunais brasileiros que identifiquem os processos judiciais mais antigos e adotem medidas concretas para o

caro ao verdadeiro alcance da justiça⁴⁷⁵. Conforme explicitado por Grinover, “o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético”⁴⁷⁶.

7. A REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/09) E A BUSCA PELO DIÁLOGO NO TRIBUNAL POPULAR.

Quando falamos em democracia deliberativa falamos em igualdade, como autonomia política para que os atores possam ter oportunidade efetivas de deliberar (de forma livre e pública), ou seja, através de uma argumentação racional resolver os conflitos, adotando a força do melhor argumento a fim de produzir decisões legítimas que vinculem a todos. Portanto, “a regra básica da democracia deliberativa é a de que a normatividade seja justificada no debate público entre cidadãos livres e iguais em que prevaleça a força do melhor argumento”⁴⁷⁷.

Se o diálogo é uma das premissas da democracia da deliberativa, no rito escalonado do júri, a ausência de deliberação entre os jurados corresponde a uma das regras do seu atual procedimento, pois, desde a formação do Conselho de Sentença são os jurados advertidos de que “não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa” no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado (CPP, art. 466, §1º).

Na atual sistemática adotada pelo Código de Processo Penal de 1941, uma vez encerrado o debate em plenário, feita a leitura e explicação dos quesitos que serão apreciados pelo Conselho de Sentença (CPP, art. 484), e

juízo de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores). A Meta 3/2011 determina que a justiça julgue quantidade igual a de processos de conhecimentos distribuídos em 2001 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal. O Enaspe (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública) impõe como meta a conclusão de todos os inquéritos e procedimentos que investigam homicídios dolosos instaurados até 31 de dezembro de 2007. E, ainda, o alcance da fase da pronúncia em todas as ações penais por crimes de homicídio ajuizadas até 31 de dezembro de 2008. Por fim, o julgamento de todas as ações penais relativas a homicídio doloso distribuídas até 31 de dezembro de 2007.

⁴⁷⁵ CASTRO, op. cit., p. 45-47. Segundo anota a autora, (...) a utilização da equidade ajusta o Direito às diferentes necessidades sociais, dotando-o de uma flexibilidade que permite que suas instituições perdurem no tempo. Através dela, abre-se espaço para que todas as circunstâncias presentes em determinada situação sejam consideradas, atendendo-se com mais justeza à finalidade da lei e aos fundamentos últimos do Direito. No Direito brasileiro, o Instituto do Júri faculta um amplo emprego da equidade”. (Ibid., p. 128).

⁴⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1975, p. 5-6. Apud. JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal**. Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 144.

⁴⁷⁷ WERLE, op. cit., p. 139.

inexistindo dúvida, os jurados, o Ministério Público, o assistente (se houver), o querelante, o defensor do acusado e o oficial de justiça, dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação (CPP, art. 485). Inexistindo sala especial, o juiz-presidente determinará que o público se retire e advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho de Sentença, fazendo inclusive se retirar da sala quem se portar de modo inconveniente (CPP, art. 485, §2º).

Contudo, a referida incomunicabilidade não é tida como absoluta e não pode ser confundida com o dever de mudez⁴⁷⁸, eis que os jurados, conforme já identificado, podem (desde que não externem a sua convicção) realizar perguntas e solicitar esclarecimentos às partes por intermédio do juiz presidente (CPP, arts. 473, §§2º e 3º, 474 e 480)⁴⁷⁹.

De acordo com a doutrina, a incomunicabilidade pode ser entendida de duas formas: a incomunicabilidade **externa** de forma **absoluta** e incomunicabilidade **relativa internamente**. A primeira corresponderia a impossibilidade dos jurados manterem contatos com agentes externos desde o momento em que foram sorteados para a composição do conselho de sentença até o encerramento da votação. Por sua vez, a incomunicabilidade relativa interna veda que os jurados conversem entre si sobre o caso levado a julgamento. Enquanto a

⁴⁷⁸ “Logicamente, não há o dever de mudez. Podem os jurados, mormente nos intervalos, conversar entre si sobre assuntos diversos. O que lhes é vedado é articular qualquer tema relativo ao processo em julgamento. Para tanto, controla a incomunicabilidade um oficial da justiça, que lançará certidão a esse respeito nos autos (art. 466, § 2º, CPP)”. (...) A incomunicabilidade não se dá somente entre jurados. Estes também ficam impedidos de manter qualquer conversação com pessoas estranhas aos trabalhos. Qualquer contato com o mundo exterior ao plenário pode implicar em quebra do sigilo, anulando-se o julgamento. Por isso, o jurado não pode falar ao telefone, nem receber ou passar qualquer tipo de mensagem (eletrônica, por carta, bilhete, etc). Em caso de recado urgente, um serventário da justiça cuidará de fazer a mensagem chegar ao destinatário”. (NUCCI, 2008, p. 163 e 165).

⁴⁷⁹ CHOUKR, 2009, p. 39/40. Conforme anota Maurício A. R. Lopes: “Consequência dessa relativização é a possibilidade de o jurado comunicar-se, desde que preservado o dever de silêncio quanto ao mérito ou a aspectos do caso que possam ser reveladores de sua tendência, quer para com isso evitar-se a contaminação do convencimento dos demais jurados, quer para a exteriorização de uma imparcialidade que é sempre requerida. Poderá, assim, observados esses aspectos, além das autorizações legais para intervenção dos jurados, quebrar o silêncio. Este parece ser um aspecto definitivo quanto à regra da incomunicabilidade. **Esta não se confunde com o silêncio, vez que os jurados não fizeram juramentos trapistas ou monásticos. Vale dizer, os jurados podem falar, mas não podem comunicar opiniões, convicções ou dúvidas sobre o caso em debate.**” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Do sigilo e da incomunicabilidade no júri**. Comentários – crítica – jurisprudência – aproximação ao direito norte-americano – proposições. In. TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 265/266 – sem grifo no original).

primeira veda toda e qualquer comunicação, a segunda mostra-se circunscrita ao caso levado a julgamento⁴⁸⁰.

A regra da ausência de diálogo entre os membros do Conselho de Sentença - fato que geraria uma decisão introspectiva e individual - partiria da ideia da proteção à formação do livre convencimento do jurado, o qual poderia ser dirigido a votar de uma determinada forma (em desacordo com a sua consciência) por outro membro do Conselho. Parte-se do “pressuposto de que as decisões tomadas com base na reflexão isolada de cada um dos jurados seriam melhores (...) do que aquelas em que os jurados deliberam livremente entre si”⁴⁸¹.

Contudo, tal premissa mostra-se **equivocada**, eis que o voto livre de cada jurado encontra-se devidamente protegido pelo mecanismo do sigilo, o qual, independentemente das razões que tenham sido levantadas durante o debate, sempre resguardará a livre manifestação de vontade do jurado, eis que ninguém saberá como ele votou.

Além do próprio sigilo do ato de votar (depositar uma cédula contendo “sim” ou “não” na urna), as decisões do Tribunal do Júri são sempre tomadas por “maioria de votos” (CPP, art. 489), o que implica a desnecessidade da abertura de todos os votos. Findou-se o chamado “júri por goleada” (sete a zero), onde a manifestação de vontade de todos os jurados era desvendada. Hoje, basta que o magistrado encontre o quarto voto no mesmo sentido, para que se encerre a votação.

Mesmo o resgate das ideias de Rousseau (a decisão da maioria sem deliberação prévia corresponderia a exteriorização da “vontade geral”⁴⁸²) e do

⁴⁸⁰ CROZARA, Rosberg de Souza. **A (In)Comunicabilidade dos jurados: da tradição brasileira ao anteprojeto de reforma do código de processo penal**. Uma questão constitucional. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Orgs). O novo processo penal à luz da constituição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 239.

⁴⁸¹ JASPER, Eric Hadmann. **A ausência de deliberação no tribunal do júri brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, nº 878, p. 455-468, dez. 2008, p. 457.

⁴⁸² “O que Rousseau parece defender é exatamente o procedimento que defendem aqueles que mantém a incomunicabilidade do júri: cada jurado (no caso de Rousseau, cada cidadão) ao ser perguntado ‘sim’ ou ‘não’ para um determinado quesito (ou sobre uma lei), recolhe-se e medita isoladamente até encontrar aquilo que o senso comum indica como a resposta correta (ou ‘vontade geral’). Após esta fase, cada jurado (cidadão) vota de forma secreta e a simples contabilização desses votos por maioria basta para se caracterizar a melhor resposta (‘vontade geral’). (...) É preciso notar que a posição de Rousseau apresenta um forte conteúdo epistêmico da votação, ou seja, o ser humano, ao votar, procura conhecer a ‘vontade geral’ e expressá-la no voto da melhor forma possível. Não se trata de uma pesquisa perfeita, mas de uma boa forma de aproximação, se não a melhor de que dispomos. Mas como um defensor do conteúdo epistêmico da

“Teorema do Júri de Condorcet” (Nicolas Caritat de Condorcet parte do pressuposto de que os indivíduos são bons julgadores e que votariam de acordo de acordo com a vontade geral e não segundo suas preferências pessoais)⁴⁸³, não seriam suficientes a suplantarem os benefícios da deliberação prévia ao ato de votar.

Critica-se o “Teorema do Júri de Condorcet” exatamente por partir-se da premissa (equivocada) de que todos os jurados são “bons julgadores” e que abdicariam de suas preferências individuais (preconceitos, estigmas, etc) em prol de uma “vontade geral rousseauiana”:

“A própria formatação das instituições democráticas pode criar incentivos para que as pessoas votem suas preferências e não julgamentos sobre a ‘vontade geral’. Por exemplo, não havendo previsão de deliberação e havendo sigilo na votação, as pessoas podem se sentir tentadas a votar suas preferências pela simples razão de que entendam que outras pessoas farão o mesmo. Seria algo como um mecanismo de auto-preservação”⁴⁸⁴.

O Projeto de Lei de Reforma do Código de Processo Penal (PLS nº 156/09) traz importantes mudanças quanto à incomunicabilidade dos jurados, pois, apesar de manter a rigidez da incomunicabilidade externa do Conselho de Sentença e impedir que seus membros conversem durante a instrução e os debates⁴⁸⁵, **admite que (internamente) os jurados se reúnam reservadamente e por até uma hora após a leitura e explicação dos quesitos (art. 398 e parágrafo único do Substitutivo) e antes de sua votação.** Destaco:

“Art. 397. Antes da votação, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito.

votação poderia afirmar que as regras de maioria promovem resultados próximos da ‘vontade geral’ de Rousseau?” (JASPER, op. cit., p. 459-460).

⁴⁸³ “De acordo com o teorema, se os jurados estão analisando uma questão com duas respostas – uma correta e outra incorreta (ex: se alguém cometeu ou não determinado crime) – e se a probabilidade média de cada um dos jurados votar a resposta correta é maior que 0,5 (ou seja, maior que a probabilidade de se acertar a resposta pelo simples jogar de uma moeda para o alto), a probabilidade que a resposta escolhida pela maioria dos jurados, de forma independente, seja a correta aumenta até a certeza na medida em que o grupo aumenta. A aparente simplicidade do raciocínio esconde um resultado muito interessante. Baseado no teorema, podemos afirmar que uma regra de maioria pode tornar um grupo qualquer (os jurados, por exemplo) melhor habilitado para dar a resposta correta do que o membro isolado do mesmo grupo. É possível concluir também que o grupo tem maior probabilidade de acertar do que seu membro mais competente (o juiz, por exemplo)”. (Ibid., p. 460).

⁴⁸⁴ Ibid., p. 461.

⁴⁸⁵ “Art. 379. (...). §1º. O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão se comunicar com terceiros enquanto durar o julgamento e, entre si, durante a instrução e os debates, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do §2º. do art. 349”.

Art. 398. Não havendo dúvida a ser esclarecida, os jurados deverão se reunir reservadamente em sala especial, por até uma hora, a fim de deliberarem sobre a votação.

Parágrafo único. Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que todos se retirem, permanecendo no recinto somente os jurados”.

A presente proposta de alteração legislativa aproxima o modelo a ser adotado no Brasil do sistema norte-americano, no qual, para se chegar a unanimidade de votos (necessidade imposta pela legislação alienígena ao júri federal), se impõe a comunicabilidade entre os jurados⁴⁸⁶.

A adoção do referido sistema já era sugerido pela doutrina especializada⁴⁸⁷ e entendido como o melhor procedimento a ser seguido na busca de um aperfeiçoamento da qualidade das decisões e proteção contra julgamento baseados em convicções pouco precisas que poderiam importar em decisões eminentemente solipsistas. Destaco:

“Não há dúvida de que tal sistema é mais vantajoso para o acusado do que o utilizado pelo sistema brasileiro, apesar de não ser o nosso tão rígido quanto o modelo francês. De qualquer modo, o fundamento democrático, consiste na defesa do princípio da participação popular na administração da justiça por meio do Tribunal do Júri, deveria exigir contemporaneamente menor apego ao formalismo – exacerbado por um lado e conivente com diversas irregularidades, por outro –, estimulando-se as formas de julgamento de acordo com o modelo norte-americano.

São inúmeras as vantagens. Muitas vezes julgam os jurados segundo convicções pouco precisas e mal formuladas internamente pelos motivos mais diversos. Não debate com seus pares – não com as partes, de conhecimento técnico – tende a exprimir mais dúvidas do que ousaria levantar diante apenas de si próprio, além de se tornar sócio das dúvidas e convicções também dos outros. (grifei)

O que não deve acontecer em medida alguma é revelação discreta e dissimulada das preferências, opiniões e convicções a que estão sujeitas hoje os jurados, sobretudo nas sessões mais demoradas do Júri. Nada poderia ser mais salutar do

⁴⁸⁶ “A resposta dos jurados, em geral, apresentada por um representante, *Foreman*, deve ser ou *guilty* ou *not guilty* (sem que tenham eles de outra coisa dizer, pois os motivos de sua deliberação não interessam, e uma vez que a sessão de deliberação do júri são secretas); não se admitem votos discordantes. Reconhecidos os fatos delituosos, a autoria e a responsabilidade penal do réu, é ele declarado *convicted* e uma sentença é imposta (*to impose a sentence*), dependendo dos Estados, seja pelo júri, seja pelo juiz, seja pelo júri com possível reforma pelo juiz. A *sentence* no processo penal dos EUA pode ser consistente em: multa de caráter monetário (*fine*), ou perda de liberdade, *emprisonment in prison* ou *in penitentiary*; em alguns Estados da Federação dos EUA, admite-se a pena de morte (*capital punishment*, ou *death penalty*), comutável em pena de perda da liberdade pelo *Governor* ou pelo *US President*, dependendo da jurisdição criminal ter sido estadual ou federal”. (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit. p. 285/286).

⁴⁸⁷ Conforme anota Fauzi Hassan, “(...) não há por que evitar-se o diálogo entre os jurados quando da votação dos quesitos, sendo de todo salutar o mecanismo encontrado na primeira fase da legislação imperial, no qual os jurados discutiam a causa entre si, tomando-se por maior de votos a decisão, estando os trabalhos sob a coordenação do primeiro jurado sorteado. Isto exterioriza de forma nítida a participação popular, não a engessando em mecanismos legais, além, é claro da simplificação dos quesitos, como também já ocorrida na época do nosso primeiro Código Processual Penal”. (CHOUKR, 2000, p. 475).

que esse encontro privado entre os jurados para troca de idéias e impressões sobre a causa, desde que, natural, tivessem que achar um consenso para o julgamento.

A unanimidade é a chave de compreensão e garantia do Júri norte-americano. **As soluções de consenso evitam, normalmente, os exageros acusatórios e as franquias irresponsáveis, gerando um forte sentimento de responsabilidade à atividade do jurado como expressão não apenas de um convicção pessoal, mas comunitária que se guarda no veredicto**⁴⁸⁸. (sem grifo no original)

Segundo a melhor doutrina, a incomunicabilidade dos jurados na sala especial de votação corresponde a um “anacronismo de nosso sistema que não mais se justifica em face dos tempos modernos que exigem o debate de infinitas questões de interesse público e quando os meios de comunicação e o exercício da liberdade de informação permitem que os jurados tomem conhecimento antecipado de muitos detalhes do processo que irão examinar”⁴⁸⁹.

Conforme destaca Jasper, a deliberação entre os jurados pode servir para o intercâmbio de informações entre pessoas de conhecimentos diversos (não necessariamente melhor preparadas juridicamente⁴⁹⁰) e contribui para o expurgo de preconceitos ou preferências meramente pessoais. Ao apresentar o seu ponto de vista perante o Conselho de Sentença, o jurado é obrigado a pensar e articular boas razões em um contexto público, pois, “ninguém pode convencer os outros em público acerca do seu ponto de vista se não for capaz de explicar por que aquilo que parece ser bom, plausível, justo e conveniente para ele pode ser também considerado assim a partir do ponto de vista de todos os envolvidos”⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit. p. 286/287.

⁴⁸⁹ DOTI, 1992, p. 330/331. Porém, no tocante à informação divulgada pelos meios de comunicação e, já ciente dos malefícios que dela podem advir à formação da convicção dos juízes leigos, pregava o ilustre mestre: “Nesta parte é necessário salientar a obrigação da imprensa, do rádio, da televisão e do cinema de respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família (Constituição, art. 221, IV). Dentro de tal orientação e visando combater a praga do sensacionalismo, o anteprojeto de lei de imprensa, elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil, determina pelo art. 6º: ‘Na divulgação de fatos e opiniões, os meios de comunicação social observarão os princípios éticos que mantenham e valorizem o respeito à dignidade da pessoa humana’ (DCN, 14.8.91, seç. II, p. 4.763 e ss).

⁴⁹⁰ “Essa ideia admite a possibilidade de que não apenas pessoas melhor preparadas, mas simplesmente pessoas detentoras de diferentes informações ou opiniões possam apresentar publicamente suas opiniões e, necessariamente, as razões que as fundamentam. Com isso, é plausível que os demais membros do júri ao menos utilizem as novas informações ou opiniões para modificar a sua posição anterior ou fortalecê-la por meio de novas razões. Não há, ao menos em princípio, risco de dano ao processo decisório de cada jurado, muito pelo contrário”. (JASPER, op. cit., p. 465).

⁴⁹¹ BENHABIB, op. cit., p. 55. Conforme anota a autora: “Argumentar a partir do ponto de vista de todos os envolvidos não somente constrange o indivíduo a ter uma certa coerência sobre as próprias concepções, mas também o obriga a adotar um ponto de vista que Hannah Arendt, seguindo Kant, chamou de ‘mentalidade ampliada’”. (Id).

A deliberação entre os jurados faz valer o substrato democrático do Tribunal do Júri e aperfeiçoa os resultados da tomada de decisão, eis que o jurado, livre do medo, da intimidação ou do ridículo, pode (porém, não é obrigado) expor e ouvir, entre os seus iguais e reservadamente, outros pontos de vista sobre os fatos que circundam o julgamento. Conforme anota Thomas Christiano, a “discussão e a deliberação permitem-nos submeter a nossa compreensão a um teste de exame crítico”⁴⁹² e fortalece o respeito mútuo que deve existir entre os cidadãos.

Não podemos esquecer que o procedimento deliberativo visa ampliar as informações dos participantes e capacitá-los a descobrir o que efetivamente desejam e, para tanto, mostra-se necessária a existência de uma multiplicidade de pontos de vista e/ou argumentos⁴⁹³, os quais se alcançam através do diálogo entre os jurados. “Na medida em que o indivíduo escuta os argumentos formulados pelos outros, alarga seu próprio ponto de vista e se torna ciente de coisas que não havia percebido no início”⁴⁹⁴.

Porém, antes de aperfeiçoar o resultado a ser alcançado, a deliberação entre os jurados é igualmente uma forma de justificá-lo, eis que, conforme alerta Cohen, “os resultados são democraticamente legítimos se e somente se podem ser o resultado de um acordo livre e racional entre iguais.”⁴⁹⁵ Acordo, que não remete ao conceito de unanimidade, mas de livre e igualitária exposição de seus critérios de justiça e bem comum. Ao final, inexistindo a

⁴⁹² Citando John Stuart Mill, o referido autor anotou que: “‘Toda força e valor do julgamento humano depende de uma única propriedade, a de poder ser corrigido quando está errado, a confiança pode ser nele depositada somente quando os meios de corrigi-lo estiverem permanentemente a mão. No caso de uma pessoa cujo julgamento é de fato merecedor de confiança, como isso se tornou assim? Porque conservou sua mente aberta à crítica sobre suas opiniões e conduta. Porque teve o hábito de ouvir tudo o que podia ser dito contra ela; de tirar proveito de muito do que ouve, à medida que for justo, e de expor a si própria, e em certas ocasiões a outrem, a falácia do que era falacioso. Porque sentiu que o único modo pelo qual um ser humano pode aproximar-se do conhecimento da totalidade de um assunto é ouvindo o que pode ser dito sobre ele por pessoas de toda variedade de opiniões, e estudando todos os modos segundo os quais ele pode ser olhado por todas as espécies de mente’”. (CHRISTINO, op. cit., p. 85-86).

⁴⁹³ Cf. MANIN, op. cit., p. 31.

⁴⁹⁴ Id.

⁴⁹⁵ COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*. The good polity, ed. Alan Hamlin e Philip Pettit. Oxford: Blackwell, 1989, p. 21. *Apud*. CHRISTIANO, op. cit., p. 101. Conforme anota Christiano: “A relação entre a democracia e os resultados desejáveis, sob o ponto de vista da explicação justificatória, não é como aquela de um procedimento judicial para acusar ou inocentar; é mais parecida com a relação entre regras de um jogo e os vencedores do jogo. As regras do jogo não nos ajudam a descobrir o vencedor do jogo como se isto fosse um fato independente; as regras definem quem é o vencedor. O vencedor do jogo não pode ser logicamente determinado por qualquer outro método. De modo semelhante, a ideia é a de que os processos democráticos justificam os resultados: eles constituem o que é um resultado ‘apropriado’. O resultado apropriado não pode ser logicamente produzido por qualquer outro procedimento”. (op. cit., p. 101).

convicção íntima do consenso – até porque, diante no novel procedimento do júri as decisões serão sempre tomadas pela regra da maioria -, caberá a aplicação da regra da maioria.

Encontramos na pena de Paulo Rangel uma das mais contumazes críticas lançadas contra a incomunicabilidade dos jurados. Para o referido autor:

“Fruto do sistema político autoritário e da sociedade agrária da época, a incomunicabilidade impede a discussão do caso, em si, colocando fora do discurso a liberdade do outro, como outro excluído socialmente.

A comunicação entre os jurados é fruto de um agir comunicativo, não habermasiano, mas sim na visão de Dussel, em que a própria linguagem é que coordena a ação pela força consensual do entendimento comprometido, eticamente, com a libertação do indivíduo pobre, excluído dos meios de produção de uma sociedade capitalista. A linguagem, no júri, tem de ser usada em nome da liberdade e da vida do outro, e não do sistema político que sustenta a sociedade dominante. (...)

A incomunicabilidade é o que há de pior no tribunal do júri por vedar aos jurados a transparência de seu agir comunicativo, através da ética da alteridade: o respeito ao outro enquanto um ser igual a nós na sua diferença⁴⁹⁶. (sem grifo no original).

Com efeito, a comunicabilidade entre os jurados não se trata de verdadeira novidade no direito positivo nacional, eis que já era prevista no **Código do Processo Criminal, de 1832** nos artigos 243⁴⁹⁷ (“Jury de Accusação”) 270⁴⁹⁸ (“Jury de Sentença”); foi mantida pela **Lei n. 261, de 03/12/1841**⁴⁹⁹ (art. 54);

⁴⁹⁶ RANGEL, op. cit. p. 234-235.

⁴⁹⁷ “Art. 243. Feito isto o Juiz de Direito dirigirá os Jurados a outra sala, onde sós, e a portas fechadas, principiarão por nomear d’entre os seus membros em escrutínio secreto por maioria absoluta de votos o seu Presidente, e um Secretário; depois do que conferenciarão sobre cada processo, que for submetido ao seu exame, pela maneira seguinte: (...)”

⁴⁹⁸ “Art. 270. Retirando-se os Jurados a outra sala, conferenciarão sós, e a portas fechadas, sobre cada uma das questões propostas, o que for julgado pela maioria absoluta de votos, será escripto, e publicado como no Jury de accusação”.

⁴⁹⁹ A discussão prévia entre os membros do Conselho de Sentença em momento anterior à votação dos quesitos, sempre foi da tradição do direito pátrio, conforme destaca Almeida Junior ao recordar o procedimento atrelado ao Código de Processo Criminal (Lei nº 261, de 03/12/41 e Regulamento nº 120, de 31/01/42): “Formulados por escrito os quesitos, o juiz os fará juntar aos autos do processo, os quais serão logo depois entregues aos jurados, sendo portador o primeiro sorteado; e imediatamente *se recolherão à sala secreta de suas conferências*, onde, a sós e a portas fechadas, principiarão, sob a presidência interina do primeiro sorteado, por nomear dentre os seus membros, por maioria absoluta de votos, o seu presidente e um secretário, depois do que *conferenciarão sobre o processo submetido ao seu exame*, pela maneira seguinte: 1º) O secretário fará a leitura da sentença ou despacho de pronúncia, do libelo, da contrariedade, de qualquer outra peça do processo que o presidente do conselho julgar conveniente, ou algum dos jurados requerer, e depois lerá os quesitos formulados pelo juiz de direito, presidente do tribunal; 2º) Finda a leitura, *serão admitidas as observações que cada um dos membros tiver para fazer*; 3º.) *Ultimada a discussão*, o presidente do conselho porá a votos separadamente, e pela ordem em que se acharem escritas as questões propostas, isto é, cada um dos quesitos formulados pelo juiz de direito, presidente do tribunal; e, para isso, estará sobre a mesa o escrutínio, e terão os membros do júri uma porção de pequenos cartões, em mais de doze, estando escrita a palavra – *sim*, e mais de outros doze, a palavra – *não*. Começando o presidente pela primeira questão, declarará que vai pôr a votação – ‘Se o réu praticou tal fato’, lerá o primeiro quesito, e imediatamente lançará no escrutínio,

referendada pelo **Regulamento n. 120, de 31/01/1842**, o qual regulava a execução da parte policial e criminal da Lei n. 261/1841 (art. 373); foi prevista na **Lei de 20/09/1830** (art. 21) que regulava o abuso da liberdade de imprensa; e o **Decreto n. 848, de 11/10/1890** (que organiza a Justiça Federal), em seu art. 91, igualmente acatou a comunicabilidade entre os jurados, asseverando que a decisão seria tomada pela maioria absoluta de votos⁵⁰⁰.

Uma forma especial de comunicação entre julgadores ainda poderia ser encontrada no **Decreto n. 24.776, de 14/07/1934** (que igualmente regulava a liberdade de imprensa). O julgamento dos crimes afetos à liberdade de imprensa era realizado por um juiz de direito (designado Presidente) e por 04 (quatro) cidadãos sorteados entre os alistados como jurados, os quais, findos os debates, passavam a deliberar em sessão secreta (art. 54, §7º).

Outrossim, o próprio **Código de Processo Penal-Tipo para Ibero-América** faria expressa previsão quanto à comunicabilidade dos jurados (art. 6º), com a seguinte redação: “Deliberação. Terminado o debate (art. 139) o tribunal entregará as propostas, incluindo a contida na acusação, ao colégio de jurados, que passará a deliberar em sessão secreta e contínua. No mesmo instante os jurados serão instruídos sobre as normas que regem a deliberação (...)”⁵⁰¹.

Com efeito, a regra da comunicabilidade interna dos jurados é também consagrada no direito alienígena, sendo exemplo emblemático o sistema norte-americano. Conforme aponta Viveiros, “(...) a decisão tem um cunho coletivo, participativo, proporcionado pela dialética dos debates entre os jurados e das freqüentes análises e críticas sobre os elementos de prova”⁵⁰².

Também no direito português, cada “juiz e cada jurado deve anunciar as razões da sua opinião, indicando, sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a sua convicção”⁵⁰³. De igual maneira, a deliberação interna entre os jurados é também regra no direito espanhol, a qual pode durar até

com toda a cautela, o cartão indicativo do seu voto, e o mesmo farão, o secretário e os mais membros, pelos quais correrá o escrutínio; 4º) Quando todos tiverem votado, o presidente tomará o escrutínio, e, verificada a votação pelo conselho, conforme o resultado dela, mandará escrever pelo secretário a resposta por uma das maneiras seguintes. (ALMEIDA JUNIOR, 1920, p. 446).

⁵⁰⁰ “Art. 91. Retirando-se os jurados a outra sala, conferenciarão a sós e a portas fechadas sobre cada uma das questões propostas, e o que for julgado pela maioria absoluta de votos será escripto e publicado”.

⁵⁰¹ NUCCI, 1999, p. 169.

⁵⁰² VIVEIROS, op. cit., p. 139.

⁵⁰³ STRECK, op. cit., p. 83.

dois dias e conta com a participação do magistrado, quando necessário, para aclarar determinadas questões⁵⁰⁴.

No Brasil, apenas com o início do Estado Novo e da era “Getulista” extingue-se a comunicabilidade entre os jurados, conforme previsto no Dec-lei nº 167/38:

“Art. 75. Fechadas as portas, o conselho, sob a presidência do juiz, assistido do escrivão, que servirá de secretário, do promotor e do advogado, que se conservarão nos seus lugares, sem intervir nas discussões e votações, e de dois oficiais de justiça, passará a votar os quesitos que lhe forem propostos **observada completa incomunicabilidade dos jurados**” (grifei).

A partir de então, a regra da deliberação entre os jurados é definitivamente sepultada com o Código de Processo Penal de 1941.

Ninguém melhor que René Dotti para “justificar” a razão para o silêncio imposto aos jurados. Segundo o eminente professor, “os princípios de política processual de uma Nação constituem a imagem natural de sua política estatal. O processo penal é o espelho que reflete o tipo de regime político vigente num determinado espaço e num período histórico delimitado.”⁵⁰⁵ Em regimes de exceção, é natural que salas secretas sejam utilizadas para outras finalidades:

“Naqueles *ásperos tempos* se criavam e mantinham muitas ‘salas secretas’ não apenas como local de decisão sobre a vida e a morte, a liberdade e o cativeiro das pessoas. Elas também e infelizmente funcionavam como cenário de terror e como sacrifício da autonomia do espírito, um verdadeiro *traço-de-união* entre os purgatórios e os infernos a que eram condenados os dissidentes do regime.”⁵⁰⁶

O Anteprojeto de reforma global do CPP não avançou a ponto de exigir a unanimidade de votos, mas garantiu a comunicabilidade interna no momento anterior à votação, propiciando maior transparência, ética e uma decisão despida de dúvidas. Estimulando a verdadeira participação popular na administração da justiça e fazendo cumprir o princípio fundamental democrático do

⁵⁰⁴ Segundo informa Streck, uma vez encerrados os debates, “os jurados são retirados da sala de julgamento para deliberarem secretamente. O primeiro jurado sorteado será o porta-voz do corpo de jurados. Mesmo que haja necessidade de descanso, não poderá haver quebra da incomunicabilidade dos jurados com o mundo exterior. Os jurados poderão requerer que o magistrado-presidente esclareça determinadas questões, que as fará acompanhado das partes. Transcorridos dois dias desde o início da deliberação dos jurados em sala secreta, sem que haja veredicto, o magistrado-presidente poderá convocá-los para esclarecimentos. A votação dos jurados será nominal, em voz alta e por ordem alfabética, votando por último o porta-voz”. (STRECK, *Ibid*, p. 86).

⁵⁰⁵ DOTTI, 1992, p. 333.

⁵⁰⁶ *Ibid*, p. 334.

Estado brasileiro, a norma processual cumpre sua missão de se adequar ao texto constitucional e não o contrário. Nesse sentido já ecoou a doutrina de João Mendes:

“As leis do processo penal são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionais. Si o modo e a forma de realização dessas garantias fossem deixadas ao critério das partes ou à discrição dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas. É essa a razão pela qual, si os legisladores puderem, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos juízes nunca deixarem ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões”⁵⁰⁷. (sic).

Dúvidas a respeito de eventual influência negativa que um jurado possa exercer sobre outro(s), pode ser facialmente remediada com a adoção de norma similar a já prevista no direito norte-americano. Naquele país, antes dos jurados se recolherem à sala de deliberação, o magistrado os adverte que: ***“you must acquit unless you are convinced of guilt, beyond a reasonable doubt*** (Devem os senhores absolver, a não ser que estejam convencidos de culpa, convencimento esse superior a qualquer dúvida razoável)”⁵⁰⁸.

Partindo-se dessas pautas, a comissão designada pela AMB para o estudo do Anteprojeto do Código de Processo Penal, sugeriu modificação no parágrafo único do art. 392 do Substitutivo, o qual restaria com a seguinte redação: Art. 392 (...). Parágrafo único: Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito **e, ao final, explanará que eles são livres para julgar de acordo com a prova dos autos, suas consciências e os ditames da justiça, mas em caso de dúvida, devem decidir pela absolvição do(s) acusado(s).**

Outrossim, não se pode olvidar que o procedimento deliberativo serve não apenas para sanar dúvidas e identificar preferências, mas igualmente

⁵⁰⁷ ALMEIDA JÚNIOR, op. cit., p. 9.

⁵⁰⁸ LOPES, op. cit. p. 285. Conforme recorda Viveiros, no sistema norte-americano, antes dos jurados se reunirem na sala de votações, cabe ao Juiz-Presidente fornecer-lhes pautas sobre os critérios que devem seguir em suas deliberações. São elas: “(...) a) presunção de inocência: o acusado deve ser considerado inocente até que se prove o contrário; b) o ônus da prova corresponde à acusação; c) os jurados devem qualificar os fatos baseando-se em provas verossímeis; d) os dados expostos no processo que podem ser admitidos como prova, tais como declarações testemunhais diretas, gráficos e documentos, observações das testemunhas e conjecturas razoáveis extraídas a partir do material testemunhal; e) outros dados que não são admitidos como prova, por exemplo, afirmações e perguntas feitas pelas partes sobre a raça ou origem do acusado; os critérios de estimativa sobre a verossimilhança dos testemunhos, tais como a possibilidade das testemunhas de observarem os fatos dos autos, suas possíveis opiniões parciais, caráter e contradições em que incorram; a diferença entre a conjectura razoável e o juízo sem fundamento e, por último, o alcance e aplicação do critério de prova – em particular o de prova suficiente – quando se vai julgar a verdade das alegações”. (VIVEIROS, op. cit., p. 132).

para persuasão de pontos de vista. Tal circunstância é inerente a qualquer deliberação pública diante da natureza discursiva e racional do processo. Porém, isso não representa um dado negativo, pois os demais jurados continuam livres para aceitar ou não a argumentação lançada, a qual nunca será imutavelmente verdadeira ou falsa, eis que sempre relativa⁵⁰⁹.

Ao fim e ao cabo, conforme bem ressalta Fauzi Hassan:“(...) não se pode argumentar validamente que a Constituição, ao impregnar o Tribunal do Júri de ‘sigilo’ tenha alijado a possibilidade de discussão entre os jurados. Sigilo não é sinônimo de incomunicabilidade. Podem eles perfeitamente discutir e alcançar, por meio da votação um resultado que, adotada a regra da maior simples, leva ao veredicto final”⁵¹⁰. Por essas e outras razões, concordamos com Thomas Christiano quando conclui que o “processo de deliberação pública serve como uma espécie de dispositivo de filtragem, eliminando as formas notórias de ignorância em face dos interesses e da justiça”⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Conforme assinala Manin: “O ouvinte permanece livre para dar seu assentimento ou recusar a conclusão. O ouvinte é livre porque a argumentação não começa partindo de premissas evidentes ou convencionais. (...). A argumentação é, por isso, sempre relativa a seu público. Alguém que não compartilha desses valores não será convencido pelos argumentos propostos. Nem os procedimentos de vinculação entre as propostas são logicamente necessários. Pode-se usar, por exemplo, argumentos por analogia e argumentos a fortiori. Estes não fazem de maneira estritamente necessária a passagem de uma proposição à outra. É por essa razão que não se diz de uma conclusão derivada dos argumentos que é verdadeira ou falsa, mas apenas que gera mais ou menos consentimento dependendo de se o argumento era mais ou menos convincente. Nem mesmo um argumento é verdadeiro ou falso; ele é mais forte ou mais fraco. Por mais força que tenha uma argumentação, sua conclusão nunca é estritamente necessária. O ouvinte pode recusar sua aprovação, e deve ser igualmente reconhecido que sua recusa a aprovar uma conclusão possui razões suficientes. A força de uma argumentação é sempre relativa.” (MANIN, op. cit. p. 32-33).

⁵¹⁰ CHOUKR, 2001, p. 78.

⁵¹¹ CHRISTIANO, op. cit., p. 86.

CONCLUSÕES

A descoberta da gênese do moderno Tribunal do Júri é matéria que até hoje divorcia grandes estudiosos do direito. Há autores que a identificam nas **Leis Mosaicas**, nos **Dikastas**, na **Heliéia** ou no **Areópago Grego**. Outros, nos **Judices Romanos**, nos **Centeni Comitês** dos primitivos germanos, ou, ainda, em solo britânico durante a Idade Média, de onde passou para os Estados Unidos e, depois, para grande parte do continente europeu. Fato é, que dentre os diversos modelos estudados, fundi-se um ponto unificador, qual seja, a competência atribuída a determinados membros de uma dada comunidade para decidirem sobre a existência de um crime e a responsabilidade do acusado.

Apesar da disparidade de modelos e povos que praticavam formas de “julgamento popular”, é possível afirmar, com certa segurança, que o “júri moderno” deita suas raízes em solo inglês (1166), constituindo primeiramente uma forma de resistência aos “ordálios” e “duelos judiciais” e contribuindo, ainda, para a consolidação da “common law”. O procedimento (unificado) do júri foi utilizado por Henrique II como uma forma política de unificação do poder em sua pessoa, garantindo ao povo que expressasse a “verdadeira” vontade do rei (“*The King can do no wrong*”), eis que, a participação popular na aplicação do direito material – porém, com as regras (procedimento) instituídas pelo rei – tornava as decisões inquestionáveis, eis que tomadas pelos seus iguais.

A consolidação formal do Tribunal do Júri operou-se com a Magna Carta do Rei João Sem-Terra (1215) que em seu artigo 48 preceituava: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país”. Dessa forma, a garantia de julgamento pelo Tribunal do Júri passa a ser consectário do devido processo legal.

Graças à colonização inglesa e a aplicação do sistema da “common law”, o júri não teve dificuldades em se espalhar em solo norte-americano, ganhando

ali a sua segunda pátria, sendo considerado um “direito ingênito aos americanos, a sua progenitura, o seu patrimônio hereditário”⁵¹². Exercendo a função de proteção do cidadão contra a execução arbitrária da lei, o júri norte-americano faz parte da educação dos cidadãos e representa um símbolo da liberdade num contínuo processo gradual de evolução.

A Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos reza que: “*Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado*”. Assim, verifica-se ser o júri uma garantia do cidadão norte-americano vinculada ao seu status político de cidadão. Trata-se, ainda, de garantia dúplice, ou seja, de ser julgado pelo seu semelhante e de exercer a função de jurado quando preencha os requisitos legais.

Um grande diferencial entre o procedimento empregado no júri norte-americano e o júri brasileiro (atual) diz respeito a existência do “Grand Jury”, ou seja, um grupo de 16 a 23 pessoas (dependendo do Estado) que tem por mister exercer um “filtro da acusação”. O “Grand Jury” serve como um “escudo” de proteção do acusado frente a acusações infundadas – especialmente em função do sistema de eleição de juízes e promotores nos EUA - e tem por função, após apreciar e investigar as evidências trazidas pelo promotor (*indictment*), admitir a imputação através de um procedimento sigiloso e autorizar o julgamento perante o “*Petit Jury*”.

A previsão da participação popular na primeira fase do procedimento do júri é mais condizente com a ideia de juiz natural e garante de forma mais precisa o primado da presunção de inocência, eis que retira das mãos do juiz togado a obrigação (técnica) de admitir ou inadmitir provas, instruir o feito e decidir fundamentadamente (mesmo que de forma concisa) sobre a sua tipificação.

O surgimento do Tribunal do Júri na França guarda especial consonância com o momento vivido pelo país após a Revolução Francesa (1789), sendo ele utilizado para combater um judiciário caracterizado pela falta de

⁵¹² BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950, p. 29.

independência e vinculação à monarquia, guiado pelos métodos da tortura e do segredo e substituí-lo por outro, constituído pelo povo, envolto pelos novos ideais igualitários.

Quando da instituição do Tribunal do Júri, a França ainda vivia uma inquisitorialidade latente germinada no seio do absolutismo monárquico. Assim, o júri representava um mecanismo político por excelência e um avatar da liberdade do cidadão francês. Seus fundamentos ideológicos coincidiam com os ideais igualitários e libertários franceses de busca da legitimação do poder judicial através da participação do povo na administração da justiça.

O júri foi instituído no Brasil pelo Decreto de 18 de junho de 1822, marcado pela forte influência inglesa e tinha por competência o julgamento dos crimes de imprensa. Sua instituição coincide com as ideias liberais que tomavam corpo na sociedade brasileira quando da Proclamação da Independência, “representando a culminação lógica da participação popular aplicada à judicatura”⁵¹³.

Seu desenvolvimento no Brasil já foi equiparado a uma “guerra santa: ora avançando, ora compelido a recuar, ora deformado em sua competência material, resistiu galhardamente a tudo isso, inclusive dois períodos ditatoriais”⁵¹⁴. Sendo capitulado, por vezes, como pertencente a um ramo do poder judiciário (Constituição de 1824, 1934), ou, como garantia individual (Constituição de 1891, 1946, 1967, EC nº 01/69, 1988), ou ainda, com omissão eloquente (Constituição de 1937), fato é que mesmo nos períodos de eclipses da plenitude democrática, o Tribunal do Júri continuou cumprindo sua missão de índice de democracia e expressão da liberdade⁵¹⁵.

Conforme aduz René Ariel Dotti, “os princípios de política processual de uma Nação constituem a imagem natural de sua política estatal. O processo penal é o espelho que reflete o tipo de regime político vigente num determinado espaço e num período histórico delimitado.”⁵¹⁶ Assim, o trilhar do

⁵¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Anteprojeto sobre o tribunal do júri**. Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 10, p. 63-84, julho, 2001, p. 64.

⁵¹⁴ TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri**. Contradições e soluções, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 04.

⁵¹⁵ Cf. Ary Azevedo Franco

⁵¹⁶ DOTTI, René Ariel. **A publicidade dos julgamentos e a “sala secreta” do júri**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, n. 677, p. 330-337, mar.1992, p. 333.

Tribunal do Júri em solo tupiniquim, como termômetro, seguiu os mesmos avanços e retrocessos do exercício da democracia em suas várias épocas e povos que praticavam uma forma parecida de justiça popular.

A ideia primária de democracia sempre esteve jungida aos conceitos de liberdade e igualdade. Porém, o trilhar democrático não pode ser visualizado como um procedimento em evolução, eis que sua análise apenas é verdadeira se realizada no contexto histórico-cultural que é empregada, diante contínuo recorte e fragmentação das estruturas socioeconômicas de cada época.

Em seu viés “moderno” e, partindo-se da premissa da insuficiência do modelo representativo (agregativo), a democracia passa a ser atrelada a ideia de participação do cidadão. Dessa forma, as teorias democráticas-deliberativas compartilham de dois elementos essenciais: a) que das decisões coletivas devem participar todos os potenciais destinatários, ou, na sua impossibilidade, os seus representantes; b) que as decisões devem resultar de um intercâmbio de argumentos entre os participantes, os quais devem respeitar critérios de imparcialidade e racionalidade. Com isso, a efetiva participação em igualdade passa a ser fonte de legitimidade e justificação moral da democracia.

Porém, o procedimento deliberativo longe está de exigir o consenso (visto como unanimidade), até porque, diante de um determinado caso prático o mesmo pode ser impossível. Requer-se, contudo, que os participantes do processo deliberativo – os possíveis destinatários da decisão a ser tomada - possam influenciar (e serem influenciados) - *give and take of reasons* - e contribuam para a produção do resultado final. No interior de uma sociedade caracterizada pela pluralidade de valores, o que legitima a tomada de decisão não é a vontade predeterminada de cada indivíduo (muito menos um código moral e religioso unificados), mas o processo deliberativo de sua formação.

A Constituição Federal de 1988 procurou seguir o modelo já traçado por outras constituições participativas, tais como, a Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição Italiana de 1947, sem olvidar que a participação direta do cidadão na coisa pública é princípio constante da própria Declaração dos Direitos do Homem, *verbis*: “(...) todo homem tem o direito a tomar parte no governo de seu país **diretamente** ou por intermédio de representantes livremente escolhidos” (art. XXI, inciso I - grifei).

A participação estimulada pela Constituição Federal de 1988 pode ser vista de várias formas – vez que a inclusão do procedimento deliberativo não tem o uso restrito à seara política -, inclusive mediante a participação na administração da justiça, onde a inclusão do leigo no Tribunal do Júri corresponde a uma de suas formas mais características e emblemáticas.

A participação popular na administração da justiça não corresponde a um mero capricho constitucional ou do legislador infraconstitucional, “mas repousa na forma de conceber a estrutura do Estado e o relacionamento de poder entre esse mesmo Estado e a sociedade.”⁵¹⁷

Uma vez inserido no capítulo dos Direitos e Garantias individuais e Coletivos da Carta Magna, o Tribunal do Júri não pode ser abolido, vez que compreendido no núcleo intangível e imodificável da Constituição, bem como, deverão ser consideradas inconstitucionais quaisquer reformas que visem retirar a sua substância ou poder. Trata-se de um tribunal especial elevado pelo constituinte a um direito fundamental do cidadão e amparado por quatro princípios reitores: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida deve ser entendida como verdadeira **cláusula de reserva** que fixa a sua **competência mínima**, pois, conforme uníssona doutrina, nada impede que a lei ordinária a amplie para o julgamento de outros delitos, tais como: os delitos de trânsito, os crimes contra o meio ambiente, contra o consumidor e contra a economia popular, etc.

Por ser o Tribunal do Júri um órgão de justiça popular, deve a sociedade estar devidamente representada através dos jurados alistados para a composição da lista geral (*cross section*). Assim, a seleção dos jurados deve ser a mais ampla possível, de forma a abranger tanto os grupos ocupacionais, quanto os descendentes das várias etnias que compõem a sociedade, sob pena de ferir-se de morte o próprio Estado Democrático de Direito.

No sistema norte-americano, a justa e paritária seleção dos jurados, os quais devem representar todos os segmentos da sociedade, corresponde a tradição da utilização do julgamento popular como um instrumento de justiça pública

⁵¹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Participação cidadã e processo penal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 89, vol. 782, p. 459/475, dez/2000, p. 464.

e reafirmação da democracia, do governo representativo e do devido processo legal. Sistema diverso não pode ser aceito no Brasil sob pena de voltarmos a uma prática de um júri censitário, segregacionista e parcial, como em alguns momentos de pouca democracia houve por aqui.

Dessa forma, deve o magistrado estar ciente da sociedade na qual está inserido e fazer valer a maior e mais ampla possível composição da lista geral dos jurados. Para tanto, o legislador reformador trouxe significativa ferramenta de busca, determinando que juiz presidente requirite junto às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado. Com isso, deixa claro o legislador que a subsunção do Tribunal do Júri em um verdadeiro instrumento de soberania popular, encontra-se atrelada a uma verdadeira representação da sociedade.

O procedimento do Tribunal do Júri guarda, especialmente após a preclusão da pronúncia, estreita ligação com os ideais democráticos de participação, fiscalização e transparência. Além da necessidade da composição da lista geral de jurados observar a estreita relação com a *cross section* daquela comunidade, existem ainda outros instrumentos de real importância para o *iter* participativo-democrático que buscam tornar real o primado da imparcialidade da prestação jurisdicional: a) a possibilidade de impugnação da lista geral de jurados mediante “reclamação” (CPP, art. 426, §1º) ou recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, XIV) interposto por qualquer pessoa; b) o ajuizamento de pedido de desaforamento quando restar demonstrado – além de outras hipóteses – a falta de imparcialidade do Conselho de Sentença (CPP, art. 427); c) a criação da chamada “quarentena” para o jurado que tenha participado do Conselho de Sentença em um ano volte a exercer a função de jurado (CPP, art. 426, §4º); d) a publicidade e fiscalização do sorteio dos jurados que vão fazer parte da reunião periódica ou extraordinária (CPP, arts. 432/435); e e) as recusas imotivadas (CPP, art. 468).

Porém, de nada adiantaria admitir a participação popular no seio da administração da justiça caso não se garantisse a possibilidade de conhecer os fatos a serem apreciados pelo juiz leigo. Ciente disso, o legislador reformador do Código de Processo Penal de 1941 determinou que após a exortação legal sejam

entregues aos jurados cópias da pronúncia e, se for o caso, das decisões que julgaram admissível a acusação, bem como, de um relatório do processo.

A publicidade operada nos julgamentos perante o Tribunal do Júri é outra ferramenta de destaque em prol da democracia como forma de controle popular dos atos praticados pelo Poder Judiciário. Juntamente com a oralidade, a publicidade foi concebida por Ferrajoli como “garantias de segundo grau” ou “garantias de garantias”. Através dela se assegura o controle da atividade desenvolvida pelas partes e pelos jurados, vez que, “à luz do sol”, os argumentos e contra-argumentos lançados e que constituirão parte do questionário levado aos jurados são fiscalizados pela sociedade ali presente.

A publicidade e a oralidade ainda garantem a verdadeira participação do jurado no ato da instrução processual em plenário e nos debates travados entre as partes. Nessa toada, o subprincípio da imediação ganha importância fundamental, pois propicia aos jurados, desde que não externem a intenção do voto, interagir, via juiz-presidente, no momento da produção probatória em plenário. Tal procedimento encontra guarida no ideal democrático participativo, eis que possibilita que o jurado deixe de ser um mero destinatário da prova produzida e passe a buscar os elementos necessários a formação do seu convencimento. Outrossim, os jurados podem, a qualquer momento, pedir ao orador através do juiz-presidente que indique a folha dos autos onde se encontra o documento por ele referenciado, facultando-se ainda, de igual forma, solicitar o esclarecimento de fato por ele alegado (CPP, art. 480). Conforme anota René Ariel Dotti, o “jurado deve participar na instrução e nos debates e, como juiz, deve aproveitar não só a prova oferecida pela parte como também a colhida por si mesmo”⁵¹⁸.

Tudo isso deve ser somado à simplificação do questionário, fato que garante um verdadeiro acesso à jurisdição, vez que ao responder perguntas afirmativas e redigidas de maneira clara e objetiva, é possível ao jurado discernir a respeito das teses levantadas e julgar de acordo com a sua consciência e os ditames da justiça.

Porém, de nada adiantaria garantir a participação do jurado no momento da colheita da prova se, no ato culminante da decisão, o mesmo não

⁵¹⁸ DOTTI, 2009, p. 205.

pudesse interagir com os demais jurados. O ato de decidir não pode se consubstanciar num *decisium* solipsista de pura consciência.

Com isso não se quer afirmar que toda e qualquer decisão do conselho de sentença deva ser amparada e fundamentada em dispositivos legais, ou, que seja obrigatoriamente alcançada por decisão unânime.

Como se sabe, os jurados são homens do povo não afeitos aos ditames da lei. Dessa forma, seria ilógico, ou mesmo impossível, obrigá-los a identificar as disposições constitucionais ou legais aplicáveis à sua decisão. De igual maneira, a busca pela unanimidade em uma sociedade plural e multicultural como é o caso da brasileira, constitui tarefa hercúlea, para não dizer desnecessária diante da própria ideia de democracia⁵¹⁹.

O procedimento deliberativo não se legitima com a unanimidade, mas sim, com a possibilidade do cidadão poder participar, influenciar e ser influenciado no momento da tomada de decisões (*give and take of reasons*), pois, diante da complexidade da vida social e, em especial, diante de toda a amplitude do julgamento de um crime doloso contra a vida, dificilmente um indivíduo isolado disporia de todas as informações necessárias para, sozinho, deliberar sobre a inocência ou culpa do acusado. Por essa razão, **o julgamento pelo Conselho de Sentença deve ser oxigenado pelo diálogo interno!**

Assim, quando da deliberação na sala especial de votação, deve ser facultado aos jurados o uso da argumentação e o compartilhamento de valores para

⁵¹⁹ A partir da presente afirmação, não se quer fazer apologia ou defesa da ideia de que a decisão dos jurados deva (sempre) ser alcançada pela maioria simples de votos (4 x 3), fato que poderia ocasionar, com o mero “trocar de mãos”, a condenação do acusado. O que se busca aclarar é que a exigência da unanimidade tornaria (quase) impossível o julgamento popular, especialmente quanto as partes trouxessem teses antagônicas e bem fundamentadas. Cientes dessa dificuldade, os juristas idealizadores do Anteprojeto de Reforma Global do CPP (PLS n. 159/09), destacaram a previsão, em sua redação originária, do aumento do número de membros do Conselho de Sentença para 08 (oito) jurados (art. 349), fato que garantiria um mínimo de segurança nas condenações (mas sem a exigência da unanimidade), as quais apenas seriam concretizadas pelo voto de 05 (cinco) jurados (art. 391). Infelizmente, a proposição não restou acatada no Senado Federal. Conforme bem destacou o Sen. Casagrande, Relator do PLS n. 156/09: “Embora nutríssemos simpatia pela proposta, fato é que ela foi combatida não só pela Senadora Serys Slhessarenko, mas também pelo Senador Demóstenes Torres. Assim, no esforço que todos fizemos para construção de um acordo em torno do Substitutivo ao projeto de Código, cedemos às ponderações dos ilustres parlamentares para avançarmos em relação ao texto final. Assim, em nome do consenso, acolhemos a sugestão dos ilustres Senadores no sentido de manter a composição do Conselho de Sentença em 7 jurados, como prevê o art. 447 do atual CPP. Para tanto, promovemos alterações nos arts. 349, caput, 371, §1º, 388 e 391 do projeto de Código”. (Conforme minuta do relatório final apresentado pelo Sen. Casagrande, em data de 30/11/2009, in <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>).

se chegar a um ponto de equilíbrio reflexivo. Não se impõe a adoção de uma decisão única, a qual poderia ser forjada pela coação, pelo exercício da força (física ou econômica) ou da retórica emotiva, mas se fomenta o sentimento de pertencimento, de oitiva do seu semelhante, de alcance do bem comum mediante o uso público da razão.

O diálogo travado entre os jurados contribui para que ele deixe de ser visto como um número invisível na soma de votos, pois, diante do seu semelhante e do diálogo travado com ele, assume o seu verdadeiro status e papel específico na sociedade, seja como pai, mãe, empresário, trabalhador, professor, estudante, médico e juiz (de fato) da sociedade que representa.

A possibilidade de escutar e dar início aos atos de fala em igualdade e simetria; o direito de questionar argumentos reflexivos lançados durante o debate, bem como, a garantia de trazer ao diálogo novos argumentos reflexivos, contribuem para o aprimoramento do procedimento de decisão no Tribunal do Júri. Para tanto, parte-se igualmente do pressuposto de que durante o procedimento de deliberação os jurados tratem uns aos outros não meramente como objetos de possível manipulação retórica, mas como sujeitos livres portadores de direitos iguais, que podem aceitar ou rejeitar as razões oferecidas e votar posteriormente de acordo com a sua consciência. Devem os jurados aceitar o pluralismo, a heterogeneidade e a diversidade de valores que caracterizam sua própria comunidade.

A despeito das críticas que possam ser feitas quanto a tomada de decisão do Conselho de Sentença por maioria (mínima) de votos, fato é, que a exigência do consenso além de ser pouco realista é também pouco desejável do ponto de vista normativo, “pois correr-se-ia o risco de consegui-lo à custa de silenciar as vozes discordantes, a pluralidade que caracteriza a vida social moderna. (...). A possibilidade de não se chegar a acordos sobre todas as questões é algo que faz parte do próprio exercício da razão prática sob instituições fundamentadas nos ideais de liberdade e igualdade”⁵²⁰. Outrossim, conforme ressalta Benhabib, a “vida social necessita tanto do conflito de interesses quanto da cooperação”⁵²¹.

⁵²⁰ WERLE, op. cit., p. 139.

⁵²¹ Conforme anota a autora: “Quanto mais conflitos de interesses existirem, tanto mais importante será ter soluções procedimentais para julgar os conflitos por meio das quais as partes, cujos interesses são afetados de modo negativo, podem recorrer a outros métodos de articulação e representação de suas reivindicações. Modelos procedimentalistas de democracia permitem a articulação de conflitos de interesses sob condições de cooperação social mutuamente aceitáveis a todos”. (BENHABIB, op. cit., p. 58).

Dessa maneira, a atuação do jurado durante o procedimento travado no Tribunal do Júri não pode ser identificado como um conceito de “não-interferência” (Hannah Arendt), mas sim, de liberdade pública de participação democrática, ou seja, de interação com as partes, juiz, testemunhas, vítima, acusado e, na sala especial, com o seu semelhante. Com isso, a sala especial de votação dentro da sistemática do júri assume um *locus* de esfera pública de deliberação entre pessoas consideradas política e moralmente como iguais.

Seja visto como medida do curso da civilização, identificado como instituição política (Mittermayer), melhor abrigo da inocência e o mais seguro meio de punir o crime (Rui Barbosa). Seja, ainda, amoldado à educação dos cidadãos, símbolo da liberdade e índice da democracia, é certo que o Tribunal do Júri figura como, praticamente, a “única instituição a funcionar com regularidade, permitindo que qualquer cidadão tome parte nos assuntos de um dos Poderes da República.”⁵²² Sua existência é manifesta na vida de todos e sua permanência na ordem constitucional brasileira é imutável. Assim, cabe a nós a árdua tarefa de aperfeiçoarmos cotidianamente a sua aplicação e seguirmos em frente na busca pelo diálogo.

⁵²² NUCCI, op. cit., p. 40.

Referências Bibliográficas:

ABRAMSON, Jeffrey. **We, the jury.** The jury system and ideal of democracy. Cambridge: Harvard University Press: 2003.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AFFONSO, Almiro. Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 33, nº 132, out-dez, 1996, p. 11-27.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro.** Ed. Tip. Baptista de Souza, 1920.

_____. **O processo criminal brasileiro**, 4 ed. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.: 1959.

AMARAL, Roberto. Apontamentos para reforma política. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 38, nº 151, jun-set. 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **O tribunal do júri e a soberania dos veredictos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 04, n. 15, jul-set/1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **As reformas no processo penal.** As novas leis de 2008 e os Projetos de reforma. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. Org. e Trad. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúion Soares. *In: Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

BERNET, Anne. Péricles e os riscos do poder. **História Viva**. São Paulo. ano VIII, n. 95, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**. Para uma teoria geral da política, 4 ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

_____. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOHMAN, James. **Public deliberation: pluralism, complexity and democracy**. Cambridge: The Mit Press, 1996

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade, 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONFIM, Edílson Mougnot. **O selecionamento dos jurados, a questão da “notória idoneidade” e a boa formação do conselho de sentença no tribunal do júri**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 82, jul de 1993, vol. 693, p. 309-315.

BONFIM, Edilson Mougento; PARRA NETO, Domingos. **O novo procedimento do júri**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**. Teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. Nação imaginária: memória, mitos e heróis (p. 395-418). *In. NOVAES, Adauto. (Org) A crise do Estado-Nação*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

CASTRO, Kátia Duarte. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3º. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo, Editora Acadêmica: 1993.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CROZARA, Rosberg de Souza. **A (In)Comunicabilidade dos jurados: da tradição brasileira ao anteprojeto de reforma do código de processo penal**. Uma questão constitucional. *In*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Orgs). O novo processo penal à luz da constituição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Anteprojeto sobre o tribunal do júri. **Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 10, p. 63-84, julho, 2001.

_____. **Júri: reformas, continuísmo e perspectivas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Participação cidadã e processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 89, vol. 782, p. 459/475, dez/2000.

_____. **Temas de direito e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004,

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs). **O novo processo penal à luz da constituição**: análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal., organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 01-17.

CHRISTIANO, Thomas. A importância da deliberação pública. Org. e Trad. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *In*: **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

DOTTI, René Ariel. **A presença do cidadão na reforma do júri**. Observações sobre a Lei n. 11.689/08 e o Projeto de Lei n. 156/09. *In* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, jul/set. 2009.

_____. **A publicidade dos julgamentos e a “sala secreta” do júri**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, n. 677, p. 330-337, mar.1992, p. 330/331.

_____. **A reforma do procedimento do júri**. Projeto de lei n. 4.900, de 1995. *In*, TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

_____. **Anteprojeto do júri**. Revista de informação legislativa, v.31, nº 122, p. 111-132, maio/jul. de 1994.

_____. **Esboço para a reforma do júri**. Revista Forense, v. 322, ano 89, p. 77-95, abr-mai-jun, 1993.

_____. Um Novo e Democrático Tribunal do Júri – I. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 15 de junho de 2008, Caderno Direito e Justiça.

_____. **Temas de processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 87, v. 748, pág. 468/477, fev/1998.

DRYZEK, JOHN S. Legitimidade e economia na democracia deliberativa. Trad. Mauro Victoria Soares. *In*: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação**. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004.

FARIA JÚNIOR, César. Ruy Barbosa, o júri e a responsabilidade penal dos juízes (o crime de hermenêutica). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 34, p. 265-284, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da justiça criminal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIUZA, Bruno. Qual democracia? **História Viva**. São Paulo. ano VIII, n. 95, 2011.

FRANCO, Ary Azevedo. **O júri e a constituição federal de 1946**, Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Código de processo penal**. vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960

GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 157-158

GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Curitiba, 2011.140fl. Tese (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

GORGULHO, Alessandra Villaça. Permeabilidade Inquisitorial de um projeto de código de processo penal acusatório. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs). **O novo processo penal à luz da constituição**: análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal., organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37-47.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A participação popular nos tribunais penais. **Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 37, n. 139, p. 05-18, maio de 1989.

_____. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HAMILTON, Sergio Demoro. **O procedimento do júri em face da reforma do processo penal (III)**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 82-100, fev/mar, 2010.

HANS, Valeri P.; VIDMAR, Neil. **Judging the jury**. Cambridge: Perseus Publishing, 1986.

IVO, Tiago Ivo. **O modelo de justiça criminal no Brasil**. As ideias de verdade e liberdade ao longo da história. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal**. Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JASPER, Eric Hadmann. **A ausência de deliberação no tribunal do júri brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, nº 878, p. 455-468, dez. 2008.

JONAKAIT, Randolph N. **The american jury system**. United States: Yale University, 2003, p. 87-88.

KASSIN, Saul M; e WRIGHTSMAN, Lawrence S. **The American jury on trial: psychological perspectives**. United States: Taylor & Francis, 1998.

KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 41, 2004, p. 43-55.

LOGEAY, Anne. Os guardiões da igualdade. **História Viva**. São Paulo. ano VIII, n. 95, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Vol. II. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Do sigilo e da incomunicabilidade no júri. Comentários – crítica – jurisprudência – aproximação ao direito norte-americano – proposições. *In*. TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do júri**. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LYRA, Rubens Pinto. As vicissitudes da democracia participativa no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n. 141, p. 23-38, jan-mar. 1999.

MACEDO, Paulo Sergio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 178, abr-jun, 2008, p. 181-193.

MAIER, Julio B. J. **Antología. El proceso penal contemporáneo**, Lima, Perú, Palestra Editores: 2008.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. Org. e Trad. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *In: Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

MANSOURI, Saber. Cidadania, um direito para poucos. **História Viva**, São Paulo, ano VIII, n. 95, 2011.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à histórica da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein, 13 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2010.

MARQUES, José Frederico. **O júri**. Coletânea Estudos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1960.

_____. **O júri no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado de la prueba en matéria criminal**. 7º ed. Madrid: Hijos de Reus, Editores, 1916.

NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Conforme a lei 11.689/08. Atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. *In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito** - do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Júri. Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira: 1999.

_____. **Prisão e liberdade**. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ODON, Tiago Ivo. **O modelo de justiça criminal no Brasil**. As ideias de verdade e liberdade ao longo da história. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Esfera pública e democracia participativa – a contribuição de Hannah Arendt e Robert Dahl para a consolidação do direito de participação política no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, maio/jun, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. A participação da sociedade na distribuição da justiça. Rio Grande do Sul. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 35, pág. 252-262, ano 1995.

PASSOS, J. J. Calmon de. Processo e democracia. *In*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**. Evolução histórica e fontes legislativas, 2 ed. São Paulo: IOB Thompson, 2004.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**. Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionário, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS, João Gualberto Garcez. O júri como instrumento de efetividade da reforma penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, n. 699, p. 283-288, jan. 1994.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão lingüística, histórica, social e jurídica. 2ª ed., Revista, ampliada e atualizada à luz das Leis 11.689/08; 11.690/08; 11.719/08; e Lei 11.900/09: Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista da AJURIS**. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXVI, n. 114, p. 91-103, jun. 2009.

RIBEIRO, Marcelo. **O novo procedimento do júri**. *In*. NUCCI, Guilherme (Org). Reformas no processo penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

RICHE, Flávio Elias. Revisitando a deliberação pública. *In*: VIEIRA, José Ribas (Org). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03-31.

ROCHA, Pinto da. **O jury e a sua evolução**. Conferencias realizadas no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1919.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26.

SAVAGE. David G. **The Supreme Court and individual rights**, 5th ed, Washington-DC: CQ Press, 1992.

SCHNAPP-GOURBEILLON, Annie. A construção do novo regime. **História Viva**. São Paulo. ano VIII, n. 95, 2011.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri. São Paulo: Renovar, 2009.

STOCO, Rui. **Crise existencial no júri no direito brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais, ano 80, vol. 664, p. 252, fev-1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri. Símbolos & rituais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THORNAGUI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, 02v. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 25 ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Processo penal**. vol. IV, 16º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Processo penal**. vol. IV, 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2010

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri**. Contradições e soluções, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. – 3 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Tribunal do júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

URGATE, Pedro Salazar. Que participação para qual democracia. Trad. Maíra Rocha Machado. In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação**. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004, p. 93.

VELLOZO, Athos Moraes de. **Limitações à soberania do júri**. Tese de concurso à cátedra de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, 1952.

VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

VIDMAR, Neil; HANS, Valeri P. **American Juries**. Amhers: Prometheus Books, 2007.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania**, 1ª ed, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WERLE, Denílson Luís. Democracia deliberativa e os limites da razão pública. *In*: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). **Participação e deliberação**. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo, Ed. 34, 2004.