

O TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA FUNDAMENTAL, E NÃO COMO MERA REGRA DE COMPETÊNCIA: UMA PROPOSTA DE REINTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

IORIO SIQUEIRA D’ALESSANDRI FORTI

Mestrando em Direito Processual na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Este artigo¹ não trata da origem do Tribunal do Júri, nem se refere ao tratamento recebido pelo instituto em outros países. Nosso foco está no inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que, assim com as constituições de 1891, de 1946 e 1967, incluiu o Júri não no capítulo referente à organização do Poder Judiciário, mas no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Sabido que é e sempre será polêmica a instituição do Júri – amada por uns, odiada por outros –, inquieta-nos o silêncio da doutrina a respeito da opção feita pelo Poder Constituinte de atribuir-lhe caráter de garantia fundamental. A maioria das obras de Direito Constitucional não dedica maior atenção à inclusão do Tribunal Popular no rol do artigo 5º da Constituição,² enquanto as de Direito Processual Penal tendem a se limitar à análise do procedimento. A jurisprudência também parece negar a fundamentalidade atribuída ao Júri, ao não extrair dela efeito prático algum.³

Creemos que o *status* conferido pela Constituição ao Tribunal do Júri impõe a imediata releitura da legislação infraconstitucional, para que uma garantia não se transforme numa imposição, numa mera regra de competência, e para que se prestigie o direito do réu de, conforme a conveniência de sua defesa, optar entre ser julgado por seus pares e ser julgado por um juiz togado.⁴

¹ Registramos o agradecimento ao colega Guilherme Jales Sokal, Mestrando em Direito Processual na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela leitura atenta e sugestões apresentadas, todas devidamente acatadas e acrescentadas ao texto final. Outras críticas e sugestões podem ser enviadas ao autor pelo e-mail ioriodalessandri@yahoo.com (sem br).

² A corroborar nossa impressão, convém transcrever comentário de ARAMIS NASSIF (*Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 38-39): “Merece registro especial o tratamento dispensado, analiticamente, por Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, de juristas renomados, ao Poder Judiciário no livro ‘Judiciário e a Constituição’, ed. Saraiva, em 1994. Examinando, em longos e eruditos textos a situação do Poder Judiciário no Brasil, seus autores, em nenhum momento, em nenhuma linha, em nenhuma palavra, referiram-se ao Tribunal do Júri. São impressionantes os números estatísticos, as considerações e análises feitas ao sistema judiciário sem que se destine a menor referência à instituição popular.”

³ Essa negação vai desde a admissão de recurso de apelação fundado na manifesta contrariedade da decisão à prova dos autos (art. 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal) – atropelando a soberania dos veredictos, mesmo em se tratando de decisão absolutória – até a superação da competência do Júri para fazer prevalecer, mesmo contra a vontade do réu, foro por prerrogativa de função.

⁴ Críamos que essa idéia que nos motivou a dar início à redação do presente artigo – o Tribunal do Júri como opção, e não como imposição – era original, de nossa autoria; com o aprofundamento da pesquisa bibliográfica, verificamos que ROBERTO KANT DE LIMA já havia diagnosticado o problema da falta de opção, e DIAULAS COSTA RIBEIRO já

1 BREVISSIMO PANORAMA SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO⁵

O Júri foi criado no Brasil pela Lei de 18 de junho de 1822, com a competência restrita aos delitos de imprensa,⁶ cabendo recurso das suas decisões para o Príncipe Regente.

A Constituição de 1824 elevou o Tribunal do Júri à categoria de ramo do Poder Judiciário.⁷

A Lei nº 261, de 1841, restringiu a ampla competência que tinha sido atribuída ao Júri pelo então vigente Código de Processo Criminal. A Lei nº 2.033, de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824 do mesmo ano, redefiniu as competências, dando ao Júri a feição definitiva com que o encontrou a República.⁸ O Decreto nº 848, de 1890, criou, ainda, o júri federal.⁹

A Constituição de 1891 não tratou do Júri nos artigos 55 a 62, que regulavam o Poder Judiciário. Entretanto, por influência de Rui Barbosa, na Seção que veiculava a “declaração de direitos”, mais especificamente no artigo 72, onde se enunciava que “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”, fez constar do parágrafo 31 a regra segundo a qual “É mantida a instituição do júri”.

A Constituição de 1934 limitou-se a dizer, no artigo 72, que “É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”; apesar de manter a regra da Constituição anterior, deslocou-a do capítulo sobre direitos e garantias para o capítulo sobre o Poder Judiciário.

A Constituição outorgada de 1937 não tinha nenhuma regra que tratasse do Tribunal do Júri. As dúvidas a respeito da sobrevivência do instituto cessaram com a edição, em 1938, do Decreto-Lei nº 167, que manteve o júri, retirando-lhe a soberania das decisões, com base no artigo 183 da

havia proposto solução adequada em artigo publicado em 1998. Isso não obstante, a tese continua desconhecida da grande maioria dos juristas, e, pior, não tem sido objeto de apreciação por parte dos Tribunais.

⁵ Para uma visão um pouco mais aprofundada, sugerimos a leitura do artigo de LISE ANNE DE BORBA, *Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri*, In Jus Navigandi, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2695>>.

⁶ A respeito da competência do Júri quanto aos crime de Impensa, transcrevemos, por elucidativa, nota de JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Surgido, entre nós, com o Decreto de 18.6.1822, o júri de imprensa foi por igual previsto na Carta de Lei de 2.10.1823, com o título ‘Conselho de Juizes de Fato’, para os quais deviam ser eleitos 60 homens bons. Manteve-se a instituição com a Carta de Lei de 20.9.1830, designando-se o tribunal de ‘Conselho de Jurados’ e ‘Júri de Acusação’. O Decreto 24.776/34 atribuiu competência para julgamento dos delitos de imprensa a um ‘Tribunal Especial’, integrado por juiz de direito, seu presidente, e, por ‘quatro cidadãos’, sorteados dentre os alistados como jurados’. A Lei 2.083/53 conservou o júri de imprensa, que a Lei 5.250/67 veio a suprimir.” (*Júri de Economia Popular*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 260).

⁷ O artigo 151 dizia que “O Poder Judicial é independente, e será composto de juizes e jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem”, e o artigo 152, que “Os jurados se pronunciam sobre o fato, e os juizes aplicam a lei”. A grafia das palavras (se com maiúsculas ou minúsculas, com letras dobradas ou não) varia conforme o texto consultado.

⁸ NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 43.

Constituição, segundo o qual “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição”.

A Constituição de 1946 tratou de proclamar, entre os “Direitos e Garantias Individuais” do artigo 141, que “era mantida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.¹⁰

Ao lado do Júri comum, regulado pelo Código de Processo Penal e pela Lei nº 263 de 1948, a Lei nº 1.521, de 1951, previu a existência de Júri especial (com composição e atribuições distintas) para julgamento de crimes contra a economia popular.¹¹ A Lei nº 2.083, de 1953 previu o Júri de Imprensa, composto de Juiz de Direito, com direito a voto, e de quatro cidadãos sorteados dentre vinte e um jurados da Comarca;¹² a Lei de Imprensa posterior, de número 5.250, de 1967, não reiterou a previsão desse órgão de julgamento, que, portanto, deixou de existir.

A Constituição de 1967, ainda no capítulo dos direitos e garantias individuais (artigo 150), enunciou que “São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida” – isto é, sem reiterar a menção ao sigilo das votações e à plenitude de defesa. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também manteve a instituição dentre os direitos e garantias individuais (artigo 153), suprimindo a menção à soberania: “É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. Com a nova redação, a competência ficou restrita aos crimes dolosos contra a vida, restando não recepcionado o Júri especial para crimes contra a economia popular.

Por fim, a Constituição da República de 1988, fez com que houvesse previsão, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, no inciso XXXVIII do artigo 5º, disse que “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”.

¹⁰ GUILHERME NUCCI (*Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, pp. 43-44) refere, a propósito, a opinião de VICTOR NUNES LEAL, para quem a reinserção do Tribunal Popular no capítulo dos direitos e garantias individuais não decorria propriamente da luta contra o autoritarismo, mas do poder de pressão do coronelismo, interessando em garantir a subsistência de um órgão judiciário que pudesse absolver seus capangas (*Coronelismo, enxada e voto*, pp. 231-236).

¹¹ O parágrafo 28 do artigo 141 da Constituição de 1946 dizia que os crimes dolosos contra a vida seriam da competência do Tribunal do Júri, mas não impediu que a lei ampliasse essa competência para abranger outros crimes. Em sendo esse o fundamento constitucional para o julgamento, pelo júri, dos crimes contra a economia popular, o artigo 30 da Lei nº 1.521/51, ao prever a existência do recurso de apelação, deveria receber interpretação conforme a Constituição, para que não fosse possível a reforma da decisão – condenatória ou absolutória – pelo seu mérito, conforme lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Júri de Economia Popular*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001).

¹² JOSÉ FREDERICO MARQUES esclarece que, no processo penal pátrio, à luz da Constituição de 1946, não poderia haver júri sem a soberania dos veredictos: se esta era excepcionada para o Tribunal de Imprensa, é porque “neste, não havia júri, e sim o escabinado, e sua matriz constitucional não se situava no § 28, do art. 141, e sim no § 5º do mesmo artigo da Lei Maior” (*Júri de Economia Popular*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 260). Noutro artigo, conclui expressamente que “No Júri de imprensa, a instância superior podia funcionar como *judicium rescisorium* e reformar a sentença de primeiro grau” (*Lei de Imprensa*. In Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 263).

2 (IN)CONVENIÊNCIA DA MANUTENÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Para ARAMIS NASSIF, as freqüentes oscilações na localização do Júri nas diversas Constituições do Brasil teriam contribuído para perpetuar a indagação sobre a natureza da instituição, se órgão do Poder Judiciário ou se direito e garantia individual¹³. Pensamos que não constituem fundamentos suficientes para sustentar que o Júri não integra o Poder Judiciário a circunstância de vir referido no rol de direitos e garantias individuais, de não constar do rol do artigo 92,¹⁴ e de suas decisões não serem fundamentadas.¹⁵

A questão reside em saber se, mesmo integrando o Poder Judiciário, o Tribunal do Júri oferece ao jurisdicionado – principalmente ao réu – todos os benefícios que teria perante o Juiz togado, e saber se oferece algum benefício a mais, a ponto de poder ser classificado como garantia fundamental pelo artigo 5º da Constituição.

NELSON HUNGRIA, citado por JOSÉ FREDERICO MARQUES, diz que cessaram as condições pelas quais o Júri deveria ser incluído entre as garantias constitucionais: “Os juízes togados passaram a vir do seio do próprio povo, de que emana, conceitualmente, a sua autoridade. Tornaram-se cidadãos do povo e, pelo menos nos governos democráticos, é em nome dele que distribuem justiça”.^{16 17} Nossa inclinação, francamente, também é no sentido da resposta negativa à

¹³ NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

¹⁴ Basta ver que também não constam do artigo 92 os Juizados Especiais Estaduais e Federais, referidos no artigo 98, I e § 1º, e nem por isso alguém duvida que sejam órgãos do Poder Judiciário.

¹⁵ É verdade que o inciso IX do artigo 93 torna imperativo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”, mas, no caso do Júri, a exceção decorreria da incompatibilidade do sigilo das votações (assegurado pela letra ‘b’ do inciso XXXVIII do artigo 5º) com a fundamentação – mantida a exigência desta para a quantificação da pena pelo Juiz Presidente.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I. 1ª ed, 2ª tiragem. Campinas: Bookseller, 1998, p. 213.

¹⁷ Não muito diferente é a posição de DIAULAS COSTA RIBEIRO (*Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=>):

“Na Magna Carta, de 1215, o julgamento por um júri foi pensado como um direito fundamental: ‘Nenhum homem livre será detido e/ou preso; esbulhado da sua propriedade; exilado ou destruído de qualquer outra maneira...salvo por um julgamento legal por seus pares conforme a lei local’. Entretanto, historiadores modernos acreditam que esta disposição refere-se à necessidade da decisão de um juiz e não de um júri. Isso porque o papel original dos jurados era muito diferente do que hoje se conhece. Como testemunhas que depunham sob juramento, mas não tomavam qualquer tipo de decisão, os jurados eram oriundos da mesma comunidade do acusado e tinham a função de determinar os fatos sob julgamento, usando para tanto os conhecimentos de que dispunham sobre ele e as circunstâncias locais. Por isso, não se pode deduzir da Magna Carta que a expressão ‘julgamento por seus pares’ seja uma referência aos jurados enquanto juízes, se nessa época os jurados não julgavam.

Atualmente, os membros do júri (na Inglaterra são 12) são convocados para proferir um veredicto imparcial, sem ter prévio conhecimento do acusado, numa relação de anonimato que é conseqüência do desaparecimento das sociedades medievais fechadas e do crescimento das cidades. Assim, faltando amparo histórico, a idéia de julgamento por pares é irreal, além de saudosista, na medida em que repete uma tradição milenar. Nada obstante, ressalte-se que ela sustenta a existência de júri no Brasil.”

questão, e para isso valemo-nos dos argumentos bem sistematizados por MARCELO COLOMBELLI MEZZOMO,¹⁸ adiante expostos.

(i) O Poder Judiciário estruturado no Estado Democrático de Direito conta com uma Magistratura independente, autônoma e isenta, protegida por uma série de garantias e que atua de forma pública, sujeita à fiscalização ampla da sociedade. Não se justifica mais – se é que noutro momento histórico deste país se justificou – o julgamento por jurados, como se a sociedade precisasse subtrair do Juiz togado o poder de decidir em alguns casos específicos.

(ii) O conjunto de garantias processuais tende a assegurar a imparcialidade do Juiz togado; o fato de exercer profissionalmente a atividade de julgar faz com que possa avaliar melhor não só os autos e o caso trazido a julgamento, mas também faz com que tenha mais consciência da importância da própria função de julgar. No que diz respeito a jurado leigo, a garantia de imparcialidade se torna mais tênue, sujeitando seu julgamento à pressão que pode decorrer do prestígio e do poder das famílias dos acusados, ou dos meios de intimidação de que dispõem grupos criminosos. Além disso, o leigo “repentinamente se vê lançado em uma função nova e desconhecida, em um universo estranho cuja linguagem desconhece, o que o leva a julgar pelo que já conhecia ‘extra-oficialmente’ do caso, ou baseado em provas sobre as quais lança um juízo apressado e por vezes desatento, tolhido que esta pelo cansaço de horas a fio. Isto quando não julga impulsionado por interesses próprios.”

(iii) O jurado atua como juiz, sem dispor de conhecimentos especializados para tanto. É errado dizer que o jurado só se pronunciará sobre fatos, e que o julgamento pelo “homem médio” é a razão de ser do Juiz: primeiro, porque haverá necessidade de exercício constante de apreciação intelectual das provas, valorando-as; segundo, a quesitação inevitavelmente envolverá conceitos jurídicos – violenta emoção, provocação injusta, torpeza, motivo fútil, traição – que podem até vir a ser compreendidos pelo jurado, mas dos quais ele é pouco íntimo, e que fatalmente não poderão ser objeto de “apreciação acurada e serena dentro de cada caso, tarefa essa incompatível com o turbilhão da plenária”.

(iv) Durante o julgamento, o jurado toma contato pela primeira vez com uma atividade a que não está acostumado, restando perplexo diante da complexidade das questões que se lhe apresentam, e, nesse contexto, “os argumentos valem menos pela sua solidez e conclusividade do que pela forma teatral com que são expostos”, de modo que a capacidade cênica dos “atores” lhes conferem mais probabilidade de êxito quanto ao convencimento dos julgadores leigos que propriamente a solidez de seus argumentos. Isso faz com que os “atores” mais experientes tenham mais probabilidade de êxito, e é inegável que, principalmente em cidades do interior ou no julgamento de réus que não têm condições de contratar advogados experientes, a habilidade dos Promotores majora o risco de condenações sem provas suficientes. Diante de um Juiz técnico, por outro lado, Promotor e Advogado agem de forma técnica, argumentativa, e não teatralizada, o que faz com que o foco do julgamento esteja no “racional”, e não no “emocional”.

¹⁸ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia!* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3690>>. Acesso em: 9 out. 2009.

(v) Por fim, o contraditório e a ampla defesa desaguam na imposição constitucional de fundamentação das decisões judiciais, já que são os fundamentos expostos que permitem avaliar se a sentença reflete o conteúdo do processo: “De nada adianta garantirmos a participação ativa e profícua do réu e uma defesa técnica altamente competente cujo resultado, baseado em um substrato probatório sólido e conclusivo, indique uma absolvição, se os jurados não estão obrigados a permanecerem adstritos aos autos e à lógica ou, dir-se-ia, à justiça”. Os jurados, dispensados que estão, pelo sigilo das votações, de fundamentar, julgam com base na íntima convicção não motivada, e, “ao prescindir da necessária correlação entre a atividade processual das partes e o resultado do julgamento, cujos reais motivos se desconhecem, faz cair por terra qualquer possibilidade de fiscalização da sociedade acerca dos ‘porquês’ e, portanto, do acerto ou desacerto do julgado.”^{19 20}

No mesmo sentido, para WALTER COELHO, o Tribunal do Júri continuará julgando mais pelo instinto do que pela lógica ou pela razão, pouco ligando para o que diga o Código repressivo ou a moderna dogmática penal. Escudado na soberania de seus veredictos e no juízo íntimo de convicção, suscetível de influências momentâneas as mais diversas, prosseguirá claudicando em sua missão, ora absolvendo os culpados e, o que é grave, também condenando os inocentes.²¹ Sobre a situação dos jurados, também é digna de nota sua especial vulnerabilidade às pressões e influências de toda a mídia, da sociedade e de criminosos de alta periculosidade:

O Júri popular foi criado para julgar os crimes de emoção, sentimentais, de paixão e não bandidos de alta periculosidade. O Tribunal do Júri sempre serviu para um tipo de criminalidade em cidade pequena, onde a comunidade conhece as circunstâncias do fato, o próprio acusado. Nas grandes cidades, nas metrópoles, o Tribunal do Júri acaba julgando integrantes do crime organizado, do homicídio encomendado, o que é uma tragédia, pois o jurado, evidentemente, diante de uma situação dessa, fica temeroso de participar do julgamento, pois está colocando em risco a sua vida e

¹⁹ A respeito da motivação das decisões, impõe-se transcrever trecho do inigualável artigo de LEONARDO GRECO, “As Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”, disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>>, pp. 32-33:

“A motivação atende a dupla exigência. De um lado, as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível. De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão. (...)

(...) a doutrina e a jurisprudência humanitárias ainda não deram justificação satisfatória, à luz dos valores protegidos pela garantia da fundamentação, à sua ausência nas decisões dos tribunais do Júri. A própria Corte Européia admite que nesse caso a garantia estaria satisfeita pelo modo como o júri funciona (the way of that jury trials operate) (cf. Mario Chiavario, “Diritto ad un processo equo”, in Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi, Commentario allá Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali, CEDAM, Padova, 2001, p. 198), o que explica muito pouco.”

²⁰ É bem verdade que há previsão, no artigo 593,III, do Código de Processo Penal, do cabimento de apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. O STF, como se verá no capítulo seguinte, admite a constitucionalidade dessa norma, para evitar que os jurados ajam arbitrariamente, e, para isso, diz que não se está a afrontar a soberania do júri, já que o provimento da apelação apenas implicará cassação da primeira decisão, para que novo júri volte a apreciar o caso. cremos, contudo, que, por mais bem intencionada que seja essa orientação, as conclusões esbarram no texto constitucional, que assegura a soberania dos veredictos, e não só a soberania do júri.

²¹ WALTER COELHO *apud* STRECK, Lenio Luiz Streck. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53

de sua própria família. Isso faz com que ele não participe com a isenção necessária, ou se afaste do Tribunal, ou até, pior ainda, absolva o acusado.²²

Ferrenho crítico do Júri, JOSÉ FREDERICO MARQUES²³ afirma que “A manutenção do velho instituto, na realidade, não se justifica”, e explica que “As democracias populares admitem a participação do povo na administração da justiça, mas sob formas toda (sic) peculiariades em que se não encontram tribunais do tipo do júri clássico”. A respeito da América Latina, conclui:

Dos países latino-americanos de maior relevo e importância, só o Brasil se mantém fiel ao júri. Chile e México, Argentina e Uruguai – para só citar alguns – nada querem com o júri, salvo o México, onde o júri obrigatório tão-só para os crimes de imprensa e os crimes políticos. Justificando a supressão do júri mexicano, ocorrido por volta de 1929, CARLOS FRANCO SODI termina suas considerações com muita verve, dizendo que o júri *era um espectáculo, pero no hacía justicia*.

Em oposição a todos os argumentos lançados, há outros que são freqüentemente invocados para defender o Júri como instituição. Diz-se que o Juiz togado, acostumado aos julgamentos diários, torna-se insensível com o passar do tempo, apegando-se ao formalismo legal, sem a preocupação de interpretar a lei de maneira humana, mas apenas jurídica, enquanto o Tribunal Popular, por “desconhecer a técnica”, prestigia a apreciação do caso pelo bom senso: o julgamento do réu por seus pares daria a estes melhores condições de apreciar a conduta do acusado com maior humanidade e em maior consonância com a realidade sócio-cultural dos envolvidos. Diz-se também que a técnica não é garantia de que o Juiz não possa errar em seus julgamentos, e o fato de a decisão do Júri resultar do convencimento de várias pessoas faria com que esteja menos sujeita a erros do que a tomada por um julgador singular.^{24 25} Por fim, em favor do sigilo das votações como apoio ao julgamento baseado na íntima convicção dos jurados, manifesta-se ATALIBA NOGUEIRA,²⁶ para quem a instituição do 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

²² CADY, Melissa Campos; ARAÚJO FILHO, Jorge Pereira de et al. *Tribunal do júri: uma breve reflexão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 203, 25 jan. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4720>>. Acesso em: 9 out. 2009.

²³ MARQUES, José Frederico. *O Júri*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, pp. 237-239.

²⁴ CADY, Melissa Campos; ARAÚJO FILHO, Jorge Pereira de et al. *Tribunal do júri: uma breve reflexão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 203, 25 jan. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4720>>. Acesso em: 9 out. 2009.

²⁵ Vale registrar que, no sistema adotado no Brasil, os jurados não podem se comunicar entre si. Como não há troca de idéias e impressões entre eles, não endossamos a conclusão de que o julgamento resultando do somatório de convicções individuais esteja menos sujeito a erro que o julgamento por um juiz singular.

²⁶ A passagem em questão consta da obra de ARY AZEVEDO FRANCO (O Júri e a Constituição Federal de 1946, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 24), *apud* NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 45.

as condições locais, as normas dos padrões morais da sociedade ou coletividade em que vive e onde cometeu o crime.

Em síntese: argumentos há, para todos os lados e para todos os gostos. A Constituição da República de 1988, contudo, deixou clara sua posição em favor do Tribunal Popular. Resta saber qual a consequência de ter-se o Júri dentre os direitos e garantias fundamentais.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF A RESPEITO DO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO

As Constituições Brasileiras de 1891, 1946, 1967 (inclusive a Emenda Constitucional 1/69) e 1988 elencaram o Júri não dentre os órgãos do Poder Judiciário, mas no rol dos direitos e garantias individuais. Na Constituição de 1988, esses direitos e garantias são qualificados como “fundamentais”.

INGO WOLFGANG SARLET registra que, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade:²⁷

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.²⁸

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, no entanto, não extrai, a nosso ver, nenhuma consequência maior da fundamentalidade atribuída ao Júri em 1988, o que fica

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 80-81.

²⁸ Tendo em vista a existência de opiniões doutrinárias no sentido de que o Tribunal do Júri é instituição retrógrada e menos garantista que a submissão do réu a julgamento por Juiz togado, convém transcrever o registro feito por INGO WOLFGANG SARLET (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 135-136) a respeito da possibilidade de existência de “direitos apenas formalmente fundamentais”: “Tendo em vista que a CF de 1988 aderiu a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, há que se cogitar, ao menos em tese, da existência de dispositivos que, apesar de contidos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição, não são (por sua importância, natureza e substância) direitos fundamentais no sentido material, ressalvando-se a existência (já referida) de acirrada controvérsia a este respeito. Muito embora compartilhemos a opinião de que todos os direitos do catálogo constitucional são ao mesmo tempo formal e materialmente fundamentais, é preciso reconhecer que os adeptos da posição divergente, como é o caso de Vieira de Andrade e, entre nós, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, encontrariam em nossa Constituição um terreno fértil para a identificação de preceitos em condições de serem enquadrados na categoria dos direitos apenas formalmente fundamentais, visto que, na verdade, poderiam constituir normas de cunho organizatório, ou mesmo regras que poderiam simplesmente constar da legislação infraconstitucional.”

patente em duas situações: a admissão de apelação contra decisão manifestamente contrária às provas existentes, e a prevalência do foro por prerrogativa de função, quando previsto na Constituição da República, mesmo nos crimes dolosos contra a vida.

É ver que o inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal de 1941 sempre previu o cabimento de recurso de apelação contra as decisões do Júri no caso de “injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário”²⁹ ou de “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”.³⁰ Prevê o parágrafo 3º, introduzido pela Lei nº 263/48, que “Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”. E, por mais que esteja essa norma em confronto com a soberania dos veredictos assegurada expressamente no texto das Constituições de 1946, 1967 e 1988, o Supremo Tribunal Federal nunca proclamou sua inconstitucionalidade.

É o que se vê, por exemplo, do acórdão da Primeira Turma proferido no Habeas Corpus 33005 no início da década de 50, em que – vencido o Ministro OROZIMBO NONATO, maior defensor da tese de que a soberania dos veredictos não comporta restrições ou recursos instituídos por lei – afirmou-se a constitucionalidade do art. 593, III, ‘d’ e seu parágrafo 3º,³¹ sob os argumentos de que nenhuma regra constitucional é absoluta, de que o Júri é soberano mas não infalível, de que, tanto quanto possível, o duplo grau de jurisdição deveria ser prestigiado, e de que a soberania era preservada já que, se anulado o julgamento, nova decisão seria tomada pelo Tribunal do Júri (ainda que por outro Conselho de Sentença):

SOBERANIA DO JÚRI. HARMONIA DO ART. 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO, SOB A SUA FORMA ATUAL, COM O ART. 141 N. 28 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A LEI TAXOU DE SOBERANO O JÚRI, MAS NÃO O REPUTOU INFALIVEL. O ARTIGO 593, DO CÓDIGO CONSAGRA O DIREITO RECONHECIDO COMO PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO DE SE NÃO CONFORMAREM AS PARTES COM O PRIMEIRO JULGAMENTO. QUEM REVE A DECISÃO DO JÚRI, EM ÚLTIMA ANALISE, E O PRÓPRIO JÚRI, POSTO NÃO SEJA O MESMO CONSELHO.

(STF, 1ª Turma, HC 33005, Relator Min. MARIO GUIMARAES, Julgamento: 05/05/1954, vencido o Min. OROZIMBO NONATO)

Reapreciada a questão pelo Tribunal Pleno, proclamou-se a compatibilidade do artigo 593, III, ‘d’, com a Constituição de 1967, com apoio no argumento de que “Assegurando a soberania do júri, ou dos seus veredictos, o que dá no mesmo, não impede a Constituição vigente que a lei processual penal discipline o modo e as condições do exercício dessa soberania”:

²⁹ Redação original da alínea ‘b’.

³⁰ Redação atribuída pela Lei nº 263, de 1948, e que até hoje persiste, tendo transposto, com alteração de redação, a regra da alínea ‘b’ para a ‘d’.

³¹ Chegou-se a cogitar, incidentalmente, da inconstitucionalidade da redação original da regra, já que o parágrafo 3º - que determina que eventual provimento da apelação apenas “cassará” a decisão recorrida – só foi introduzido no artigo 593 pela Lei nº 263/48, e já que é essencial para a compatibilidade da norma com a Constituição a expressão “manifesta contrariedade”.

HABEAS CORPUS. JÚRI. SUA SOBERANIA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 593, N. III, LETRA "D", E SEU PAR 3, NA REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI N. 263, DE 23 DE FEVEREIRO DE 1948, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1967. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

(STF, Pleno, HC 44872/RS, Relator Min. AMARAL SANTOS, Julgamento: 13/12/1967)

Já sob a égide da Constituição de 1988, a atual composição do Supremo Tribunal Federal reitera a jurisprudência tradicional, no sentido de que, restrita a hipótese de cabimento à manifesta contrariedade da decisão com as provas,³² e de que, como o provimento da apelação não implica reforma do decidido pelo Júri, mas mera cassação da decisão para que outra seja proferida (também pelo Júri), resta preservado o valor da soberania dos veredictos.

EMENTA: Júri: apelação contra o veredicto: devolução restrita. Na apelação contra o mérito das decisões do Júri, não incumbe ao juízo de segundo grau um novo julgamento da causa - ofensivo da privativa e soberana competência constitucional do tribunal popular - mas apenas verificar se, como reclama a lei para a cassação, a decisão dos jurados é "manifestamente contrária à prova dos autos" ou se o veredicto nela encontra algum apoio, bastante a elidir a pecha de arbitrariedade e não se pode tachar de arbitrário ou desarrazoado o veredicto que acolhe a versão de fato de paciente, quando essa tem por si, em substância, a das duas únicas testemunhas presenciais do fato.

(STF, Pleno, HC 77996 / RJ, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 18/12/1998)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DO VEREDITO. APELAÇÃO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. A pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não conflita com a regra de soberania do veredito (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal). Regra compatível com a garantia constitucional do processo que atende pelo nome de duplo grau de jurisdição. Garantia que tem a sua primeira manifestação no inciso LV do art. 5º da CF, in verbis: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Precedentes.

2. No caso, o acolhimento da pretensão do impetrante implicaria o revolvimento e a valoração do conjunto fático-probatório.

³² De fato, o STF tem preservado o julgamento do Júri quando a contrariedade entre este e as provas não for manifesta: EMENTA: Júri: apelação contra o mérito do veredicto: limites.

1. O STF tem considerado traduzir questão de direito - solúvel, portanto, em habeas corpus ou recurso extraordinário - o saber se o Tribunal de segundo grau manteve-se ou não no círculo de devolução limitada da apelação contra o mérito das decisões do Júri, quando, para tanto, não se é necessário o exame meticoloso da prova, mas tão só verificar "se o veredicto nela encontra algum apoio, bastante a elidir a pecha de arbitrariedade" que, só ela, autoriza a cassação do julgado.

2. Caso em que é de deferir-se o habeas corpus e cassar o acórdão que deu provimento à apelação do Ministério Público, dado que a simples contraposição entre o voto do relator, na apelação, e o voto vencido basta a evidenciar a possibilidade de leituras diversas do conjunto probatório, de modo a tornar plausível a dúvida, pelo menos, quanto à autoria do fato, sempre negada pelo paciente.

(STF, 1ª Turma, HC 83302/RJ, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 09/03/2004)

3. Ordem denegada.

(STF, 1ª Turma, HC 94567/BA, Relator Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 28/10/2008)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS NÃO VIOLADA. LIMITE DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. DENEGAÇÃO.

1. A soberania dos veredictos do tribunal do júri não é absoluta, submetendo-se ao controle do juízo ad quem, tal como disciplina o art. 593, III, d, do Código de Processo Penal.
2. Conclusão manifestamente contrária à prova produzida durante a instrução criminal configura error in procedendo, a ensejar a realização de novo julgamento pelo tribunal do júri.
3. Não há 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 júri sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos.
4. Sistema recursal relativo às decisões tomadas pelo tribunal do júri é perfeitamente compatível com a norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos.
5. Juízo de cassação da decisão do tribunal do júri, de competência do órgão de 2º grau do Poder Judiciário (da justiça federal ou das justiças estaduais), representa importante medida que visa impedir o arbítrio.
6. A decisão do Conselho de Sentença do tribunal do júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, colidindo com o acervo probatório produzido nos autos de maneira legítima.
7. Habeas corpus denegado.

(STF, 2ª Turma, HC 88707/SP, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 09/09/2008)

Creemos que, se o Júri é garantia, e garantia fundamental, não há como admitir que suas decisões sejam cassadas ao fundamento de manifesta contrariedade à prova dos autos, até porque, não havendo fundamentação, não é possível saber como ou porque tal prova foi valorada ou excluída da valoração. Indo além: se a Constituição assegurou o sigilo das votações, excepcionando a regra da motivação das decisões judiciais, é porque quis permitir que os jurados tivessem a liberdade de julgar contra as provas. Nesse contexto, ousamos discordar do voto proferido pelo Ministro AMARAL SANTOS em acórdão acima referido: a menção feita pela Constituição à soberania dos veredictos, e não à soberania do júri, faz, sim, diferença: a possibilidade de cassação do que foi decidido pelos jurados implica afronta à soberania daquele veredicto a que chegaram, pouco importando se a lei reserva ao Júri a possibilidade de chegar a outro resultado.

É bem verdade que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribui para evitar que a ausência de fundamentação nas decisões do Júri leve os jurados a decidir arbitrariamente. Contudo, cremos que, ao impor a soberania dos veredictos, a Constituição – de maneira equivocada, a nosso ver – tomou partido em favor da inviabilidade de reforma ou cassação do que foi deliberado pelos

jurados, e a orientação da nossa Corte Constitucional apenas mascara o mau caminho trilhado, nesse tema, pelo Poder Constituinte. O desacerto do entendimento da Suprema Corte se torna gritante principalmente quando o Júri absolve alguém, e esse veredicto é cassado por “manifesta contrariedade à prova dos autos” – quando, a rigor, ao menos a nosso ver, a possibilidade de absolvição não fundamentada integra o conteúdo garantístico da instituição.

Mudando de assunto, o Supremo Tribunal Federal também parece não extrair maiores conseqüências da fundamentalidade ao decidir reiteradamente que nem sempre os crimes dolosos contra a vida poderão ser julgados pelo Tribunal do Júri: é que, como registra ALEXANDRE DE MORAIS,³³ “todas as autoridades com foro de processo e julgamento previsto diretamente pela Constituição Federal, mesmo que cometam crimes dolosos contra a vida, estarão excluídas da competência do Tribunal do Júri, pois no conflito aparente de normas da mesma hierarquia, a de natureza especial prevalecerá sobre a de caráter geral definida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal”.³⁴

EMENTA: AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE ORDEM. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA IMPUTADO A PARLAMENTAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSUS COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NORMA CONSTITUCIONAL ESPECIAL. PREVALÊNCIA. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO. NÃO RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU.

1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida.
2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte.
3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato.
4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente.

(STF, Pleno, AP 333/PB, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 05/12/2007)

No tocante a essa conclusão do Supremo Tribunal Federal, são questionáveis os argumentos de que não haveria hierarquia entre as normas constitucionais, e de que o conflito aparente entre as duas normas se resolveria, nesse caso, pelo critério da especialidade. Quanto à existência de

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 111.

³⁴ O STF entende, no entanto, que, quando o foro por prerrogativa de função não constar da Constituição da República, sendo veiculado exclusivamente por norma da Constituição Estadual, prevalecerá a competência do Tribunal do Júri: é o que consta da Súmula 721, “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”.

hierarquia material entre as normas constitucionais, o tema é polêmico, mas, como base na qualificação de “garantia fundamental” atribuída ao Tribunal do Júri, custa crer que esteja essa regra no mesmo plano de importância que mera regra de competência inserida no capítulo sobre Poder Judiciário.³⁵ E, ainda que fossem as duas regras da mesma hierarquia, a prevalência deveria ser daquela norma reputada fundamental, e não daquela dita específica. Entretanto, permitimo-nos pôr em dúvida a própria existência do conflito entre normas: se o Júri é garantia fundamental, não seria mais correto permitir ao acusado de crime doloso contra a vida optar sempre pelo Tribunal Popular e os órgãos típicos do Poder Judiciário? É o que pretendemos discutir adiante.

4 PROPOSTA DE REINTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO

³⁵ A respeito do tema da existência de hierarquia material entre normas do mesmo texto constitucional, é oportuna a transcrição da longa mas proveitosa lição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (*Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 123-125):

“*Hierarquia material*: mais complexa parece ser a discussão acerca da existência de normas constitucionais que, em razão da sua matéria, sejam mais importantes que outras. Essa complexidade é também apenas aparente. Ninguém ignora que, com relação a algumas normas, seria muito difícil, pelo menos em abstrato, chegar a uma conclusão sobre uma relação de maior ou menor importância. Ninguém ignora, por exemplo, que qualquer proposição sobre a superioridade ou inferioridade material do direito de propriedade sobre o direito de igualdade implicaria uma discussão político-ideológica que dificultaria qualquer consenso. Esses exemplos extremos não são suficientes, contudo, para que se possa afirmar que não há normas constitucionais mais importantes que outras. Ou será que alguém contestaria a tese de que a norma contida no art. 5º, II, da CF – segundo a qual ‘ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ – é mais importante e está, portanto, em um nível hierárquico materialmente superior ao da norma contida no art. 242, § 2º, que prevê a manutenção do Colégio Pedro II na órbita federal?”

É interessante notar que a superioridade material de algumas normas constitucionais em relação a outras é defendida *justamente na decisão do Tribunal Constitucional Alemão que muitos costumam usar como fundamento da unidade da constituição*. O trecho normalmente citado por quem usa essa decisão com esse fim é o seguinte: ‘Uma disposição constitucional não pode ser considerada isoladamente e nem interpretada somente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos constitucionais, que representam uma unidade interna’.

No entanto, a decisão vai mais além. A frase seguinte é: ‘Do conteúdo total da constituição depreendem-se certos princípios e decisões jurídico-constitucionais, *aos quais as demais disposições constitucionais estão subordinadas*’.

Pouco mais adiante, a conclusão: ‘Disso resulta que cada disposição constitucional deve ser interpretada *de forma que seja compatível com aqueles princípios constitucionais e decisões fundamentais do legislador constitucional*’.

E não é só a tão citada decisão do Tribunal Constitucional Alemão que contraria a tese da inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.

Parece interessante também, neste ponto, transcrever a concepção de Klaus Stern, já que ele é um dos autores mais citados, no Brasil, como ‘argumento de autoridade’ contra a existência de hierarquia entre as normas constitucionais. Stern, contudo, pondera: ‘*Isso [a unidade da constituição] poderia dar a impressão de que todas as normas constitucionais estejam, com relação a grau hierárquico, tipo e importância, no mesmo nível*’.

É certo que a Lei Fundamental rompeu com a distinção, típica da Constituição de Weimar, entre proposições programáticas e normas vinculantes. Mas, mesmo que todas as normas da Constituição atual sejam normas vinculantes, não são elas, todavia, do mesmo tipo, *nem estão no mesmo nível hierárquico*.’.

Além disso – e talvez ainda mais importante –, caso se levasse realmente a sério a tese de que não pode haver diferença de importância entre as normas constitucionais, não haveria como fundamentar a prevalência de uma norma sobre outra nos casos de colisão normativa. Se uma norma prevalece sobre outra, *só pode ser porque ela tenha sido considerada mais importante*, ainda que somente para aquele caso concreto. Dessa forma, para aqueles que sustentam não poder haver hierarquia material entre as normas constitucionais parece haver somente uma saída: a rejeição do sopesamento como método de interpretação e aplicação do direito e a conseqüente rejeição da possibilidade de um direito prevalecer sobre outro em alguns casos.” (grifos no original)

Como visto, o texto da legislação infraconstitucional e a jurisprudência minimizam a importância do Tribunal do Júri como garantia. O problema maior, a nosso ver, foi diagnosticado por ROBERTO KANT DE LIMA, que denuncia como, no Brasil, o Júri não é tratado como direito subjetivo, como opção do acusado, mas sim como instituição judiciária obrigatória (isto é, como mera regra de competência).³⁶

Embora a literatura jurídica brasileira usualmente registre equivalências entre o procedimento judicial do Tribunal do Júri brasileiro e o da tradição anglo-americana, existem diferenças abissais entre ambos. Para começar, o nosso julgamento por júri não é uma opção do acusado, como ocorre no trial by jury, aplicado apenas aos que se declaram não culpados. Além disso, aqui esse julgamento é a culminância de vários procedimentos em que o acusado foi progressiva e sistematicamente indiciado na polícia e sucessivamente denunciado e indiciado no processo judicial, decidindo-se, finalmente, "pronunciá-lo" e inscrever seu nome no "rol dos culpados". A presunção oficiosa, portanto, é de culpa, não de inocência, o oposto do que ocorre no trial by jury americano. Note-se, também, que nos EUA o due process of law é um procedimento constitucional universalmente disponível aos cidadãos, um direito público subjetivo, para ser aplicado de acordo com leis locais, que devem ser igualmente aplicadas a todos os do lugar. O princípio da universalidade depende, portanto, da definição do universo e do espaço público, coletivo, sempre limitado, ao qual se aplica, em todos os casos, o procedimento judicial que é devido pelo Estado. No caso brasileiro, o Tribunal do Júri não constitui um direito subjetivo, mas sim uma instituição judiciária obrigatória apenas para crimes intencionais contra a vida humana. (grifos nossos)

É bem verdade que, para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a inserção do Júri no artigo 5º da Constituição constitui mera garantia humana fundamental de caráter formal, e não essencial, pois "Nos países em que não há júri – e são muitos – também é viável subsistir um Estado Democrático de Direito", e, "fosse ele um tribunal indispensável à democracia, deveria julgar muito mais que os crimes dolosos contra a vida".^{37 38} Para o doutrinador, o Júri consta da Constituição brasileira não como garantia do acusado – pois "Jamais o constituinte iria criar um tribunal que garantisse a *liberdade* do autor de um crime contra *vida humana*"³⁹ – mas como garantia do direito humano fundamental consistente na participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, já que o Júri é "praticamente, a única instituição a funcionar com regularidade, permitindo que qualquer cidadão tome parte nos assuntos de um dos Poderes da República". Esse mesmo aspecto é afirmado por PAULO GUSTAVO SAMPAIO ANDRADE,⁴⁰ para quem sendo a norma do Tribunal

³⁶ LIMA, Roberto Kant de. *Direitos civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?* Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 9 out 2009.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 39.

³⁸ GUILHERME DE SOUZA NUCCI prossegue no texto para esclarecer que, em alguns outros países, como é o caso dos Estados Unidos, o júri é, de fato, uma garantia individual material: "A razão é simples: muitos magistrados são eleitos pelo povo. Ora, como ser, verdadeiramente, imparcial, quando há uma campanha eleitoral por trás? Como pode o juiz Fulano julgar o réu Beltrano, sabendo que este apoiou seu oponente na eleição para ocupar o cargo de magistrado daquela Comarca? Por isso, Beltrano não será julgado por Fulano, mas invocará um tribunal imparcial para tanto: o Tribunal do Júri. Adquire a instituição o status de garantia fundamental material. Sem ela, não haveria justiça imparcial e esta, sim, é exigência internacionalmente reclamada por nações democráticas."

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 40.

⁴⁰ ANDRADE, Paulo Gustavo Sampaio. Tribunal do júri e privilégio de foro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1075>>.

do Júri norma da Lei Maior da Nação, pode ser afastada somente por norma de igual hierarquia que a exceção, jamais por norma de hierarquia inferior, seja de Constituição Estadual, de lei federal ou estadual. O Tribunal do Júri não é um direito subjetivo do acusado, renunciável: é um direito de cada membro da sociedade, de julgar diretamente os acusados de crimes dolosos contra a vida.

Pensamos diferentemente de NUCCI e de ANDRADE. Sem negar a possibilidade de falar-se na conveniência e mesmo na fundamentalidade de qualquer pessoa do povo poder integrar o Tribunal do Júri, participando ativamente de um dos três Poderes da República, essa possibilidade é instituída em favor da sociedade como um todo, e não como direito subjetivo individual, motivo pelo qual não se justificaria, só por isso, sua inclusão num capítulo sobre direitos individuais. Cremos, portanto, que o artigo 5º pretendeu fazer do Tribunal do Júri uma garantia para o acusado, sem que isso signifique “garantir a liberdade do autor de um crime”, mas sim permitir ao réu submeter-se a um “devido processo legal” especificamente previsto em crime de especial relevância social para a comunidade, sujeitando-se ao julgamento por seus pares.

Voltemos, então, aos argumentos favoráveis e desfavoráveis ao Tribunal do Júri, expostos no capítulo 2. Não há argumentos melhores ou piores num ou noutro sentido: em verdade, todos os prós e contras coexistem, e poderão ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu conforme as variáveis do caso concreto.

Em determinados casos, pode ser preferível ao réu o julgamento por um Juiz togado: a acusação será objeto de apreciação por um julgador técnico e imparcial, desprovida de maior carga emocional, em sentença fundamentada, com apreciação aprofundada das provas existentes.

Noutros casos, à defesa pode ser preferível ao acusado que se dê aos jurados, como membros da comunidade, a oportunidade de realizar um julgamento que eventualmente possa se distanciar do rigor da lei para levar em consideração o histórico de vida e os méritos do réu, permitindo-se ao povo que faça com que considerações de ordem pessoal e emocional interfiram, sim, na decisão, que, por não ser fundamentada, poderá passar ao largo da apreciação meticulosa do conjunto probatório.

O resultado de qualquer julgamento, independentemente de quem seja o órgão julgador, é sempre uma incógnita. Há, porém, diversas situações em que fica evidenciada a diferença de probabilidade de resultado positivo para o réu entre ser julgado por um técnico e pelo povo.

Suponha-se a situação de um indivíduo que leva uma vida virtuosa, gozando de bom nome entre seus pares, mas que, diante de uma série de infortúnios, passando por um período de estresse, termina por desferir disparo de arma de fogo fatal contra alguém numa briga de trânsito. As chances de absolvição – ou, ao menos, em caso de condenação, de afastamento das qualificadoras – são significativamente maiores no Tribunal do Júri, em que o prestígio de que o réu goza na comunidade será considerado para que se decida se é ou não adequada a imposição de sanção penal.

No sempre recorrente exemplo do homem que, deliberadamente, identifica, persegue e mata o estuprador da sua filha, também o Tribunal do Júri terá maior margem de liberdade que o Juiz togado para, apesar das provas existentes, deliberar no sentido da absolvição: a desnecessidade de

fundamentar o veredicto confere aos jurados a liberdade de afastar-se da lei e legitimar conduta que, de forma geral e abstrata, é proibida.

Em contrapartida, determinada pessoa com notória má reputação poderá preferir o julgamento de sua conduta por um Juiz togado, que saberá, no exercício profissional e técnico de seu mister, julgar o fato de que é acusado, e não o histórico pessoal; os jurados, por outro lado, poderiam pender para o emocional e, diante da rejeição da comunidade à pessoa do réu, seria significativamente maior o risco de condenação de um inocente.

Por fim, para alguém que sabidamente cometeu crime violento, cuja barbaridade gerou indignação em toda a localidade, os critérios técnicos serão fundamentais para preservar o réu, culpado, de uma pena desproporcionalmente alta – já que os jurados tenderiam, nesse caso, por critérios emocionais e não jurídicos, a acolher todas as qualificadoras que fossem objeto de quesitação.

Pelas situações hipotéticas acima apontadas, vê-se que o que uns apontam como defeitos do Júri pode significar para o réu um julgamento pelos critérios de Justiça da sociedade em que vive; noutras situações, o que uns apontam como méritos do Júri pode representar o risco de uma condenação indevida ou exasperação injusta da pena.

É por isso que endossamos integralmente a posição exposta por DIAULAS COSTA RIBEIRO,⁴¹ em artigo datado de 1998 que, infelizmente, não teve a repercussão merecida:

O acusado de crime doloso contra a vida tem a alternativa de ser julgado por um juiz togado, em vez de jurados?

(...) Em primeiro lugar, o júri, na Constituição Federal, é direito e garantia do indivíduo; não é órgão do Poder Judiciário; está inserido no artigo 5.º e não no artigo 92. (...)

Se o júri no Brasil é um direito garantido, se é um direito individual por classificação constitucional, não pode ser impositivo; não pode ser obrigatório. A nova doutrina dos direitos e garantias individuais contempla a renúncia a eles. (...)

No Reino Unido, há cerca de 100 anos existe o direito de opção pelo júri, como uma alternativa aos tribunais de juízes togados, à exceção da Escócia, onde apenas o Ministério Público tem essa alternativa. Em Portugal e nos Estados Unidos, a acusação e a defesa também podem exercer essa escolha.

A Constituição Federal autoriza, como regra geral, o julgamento dos acusados pelo Poder Judiciário. A garantia individual é o direito de opção pelo julgamento popular. O constituinte estabeleceu uma garantia mínima, mas não restringiu as possibilidades de julgamento por jurados. Ainda que se tenha aprendido e repetido o contrário, não há proibição constitucional que impeça o legislador de abrir a prerrogativa do júri a todos os crimes previstos no Código Penal e nas leis especiais. Nem para questões cíveis. O que o legislador ordinário não pode é excluir da

⁴¹ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=>. Acesso em: 9 out 2009.

competência do júri os crimes dolosos contra a vida. Mas pode incluir outros. E caso se troque o verbo assegurar por garantir, o texto ficará ainda mais evidente. Garante-se o júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, em relação a qualquer lei infraconstitucional.

A consequência dessa garantia é bastante clara: se o júri é uma instituição reconhecida como garantia individual, o acusado tem o direito de não optar por ele, sob pena de isto constituir uma obrigação ao invés de assegurar um direito.

O Tribunal do Júri, portanto, só poderá cumprir seu papel de “garantia fundamental” se ao réu for concedido o direito de optar, na fase inicial do processo (após o que se dará a preclusão da oportunidade de escolha), entre a submissão da denúncia à apreciação de um Juiz togado e o julgamento pelo Júri. As garantias que o atual estágio evolutivo do nosso Direito faz decorrer da atuação independente e fundamentada da Magistratura de carreira só podem ceder espaço ao julgamento não fundamentado realizado por leigos se contar com a concordância expressa do réu. Se assim não for, o Júri não será verdadeiramente uma garantia individual fundamental, mas, como bem notou ROBERTO KANT DE LIMA, uma mera regra de competência jurisdicional. E, pelas mesmas razões, se o réu desejar – e manifestar oportunamente esse seu desejo, sob pena de preclusão⁴² – ser julgado pelo Júri, a previsão do foro por prerrogativa de função não pode se impor em detrimento daquilo que a Constituição prevê como garantia do indivíduo.

CONCLUSÃO

Por mais que sempre tenha havido quem, com fortes argumentos, desaprovasse o Tribunal do Júri, é fato que a instituição tem feito parte da história constitucional do Brasil, e, certo ou errado, foi trazido pela Constituição da República de 1988 para dentro do rol de direitos e garantias fundamentais expressas no artigo 5º.

A legislação infraconstitucional e as próprias normas da Constituição devem receber interpretação compatível não com os valores pessoais do intérprete, nem com os valores das Constituições anteriores, mas sim com a tábua axiológica plasmada pelo Poder Constituinte no texto positivado da Carta de 1988.

Se o Júri foi inserido no rol das garantias ditas fundamentais, há que se buscar desvelar a norma que justifica a fundamentalidade atribuída à possibilidade de julgamento pelo Tribunal Popular. Cientes de que a maioria das críticas feitas ao Júri reside justamente na consideração de que, em regra, ele representa uma diminuição, para as partes, das garantias que decorrem do julgamento dos processos por órgãos tradicionais do Poder Judiciário (julgamento técnico, imparcial, mediante apreciação das provas em sentença fundamentada), a imposição do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (e outros que a lei ordinária determinar) não constitui direito ou garantia para o indivíduo, mas mera regra de competência.

⁴² Pois é natural que um direito não pode se prestar ao abuso: se o réu pudesse, a qualquer momento, optar pelo órgão julgador, essa opção seria incorporada às “estratégias” de procrastinação tendentes à prescrição da pretensão punitiva.

A interpretação que, segundo sustentamos, melhor se adapta aos desígnios da Constituição é a que extrai do caráter de garantia a possibilidade de opção, pelo réu, de submeter-se ao Juiz togado ou aos jurados, conforme melhor lhe pareça para a sua defesa. E, em sendo exercida a opção por valer-se da garantia constitucionalmente oferecida ao acusado, a competência do Júri – e a soberania de seu veredicto – não poderá ser afastada por regras outras de foro por prerrogativa de função ou por meio de recurso de apelação.

Preconizamos, por fim, que nada há na Constituição ou nas leis vigentes que infirme nossas conclusões, imediatamente aplicáveis sem a necessidade de alteração legislativa, bastando submeter as regras atualmente em uso à devida filtragem constitucional. De toda sorte, a oportunidade de regulamentação expressa do direito de opção se faz presente, já que o Congresso Nacional encontra-se em fase de discussão do projeto do novo Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Paulo Gustavo Sampaio. *Tribunal do júri e privilégio de foro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1075>>. Acesso em: 9 out. 2009.

BORBA, Lise Anne de. *Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2695>>. Acesso em: 9 out. 2009.

BUNA, Themis Alexandra Santos Bezerra. *Aproximações legais e doutrinárias ao júri popular no Brasil e nos Estados Unidos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 685, 21 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6754>>. Acesso em: 9 out. 2009.

CADY, Melissa Campos; ARAÚJO FILHO, Jorge Pereira de et al. *Tribunal do júri: uma breve reflexão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 203, 25 jan. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4720>>. Acesso em: 9 out. 2009.

GRECO, Leonardo. *As Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>>. Acesso em: 9 out. 2009.

LIMA, Roberto Kant de. *Direitos civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?* Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 9 out 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I. 1ª ed, 2ª tiragem. Campinas: Bookseller, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Júri de Economia Popular*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Lei de Imprensa*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, José Frederico. *O Júri*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia!* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3690>>. Acesso em: 9 out. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=>>. Acesso em: 9 out 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz Streck. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.