



ALESSANDRO IGNÁSIO D'AMICO

**O RESGATE DA DOCTRINA CLÁSSICA DO TRIBUNAL DO JÚRI:
REPENSANDO A INSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

Porto Alegre

2019



ALESSANDRO IGNÁSIO D'AMICO

**O RESGATE DA DOCTRINA CLÁSSICA DO TRIBUNAL DO JÚRI:
REPENSANDO A INSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

Apresentação de Dissertação visando à obtenção de qualificação de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Porto Alegre

2019

D'Amico, Alessandro Ignásio

O resgate da doutrina clássica do tribunal do júri: repensando a instituição no estado democrático de direito brasileiro contemporâneo. / Alessandro Ignásio D'Amico. -- 2019.

186 f.

Orientador: Marcelo Schenk Duque.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Doutrina Clássica. 2. Júri. 3. Estado Democrático de Direito. 4. Contemporâneo. 5. Brasil. I. Schenk Duque, Marcelo, orient. II. Título.

ALESSANDRO IGNÁSIO D'AMICO

**O RESGATE DA DOCTRINA CLÁSSICA DO TRIBUNAL DO JÚRI:
REPENSANDO A INSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

Apresentação de Dissertação visando à
obtenção de qualificação de Mestre em
Direito Constitucional pelo curso de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Schenk
Duque

Aprovada em de de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Professor

Professor

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, dedico este trabalho a Deus, que por seu Amor me gerou, me viu fraquejar, mas pela sua Graça e Misericórdia, estendeu Sua mão e tudo continua provendo em minha vida para que me torne um ser humano cada dia mais digno. Dedico a minha família que, mesmo diante de todas as dificuldades, não deixou de me propiciar todos os recursos e o afeto necessário para que mais essa etapa da minha jornada de estudos, da minha vida pudesse ser completada. De forma especial, dedico a dois queridos vizinhos e amigos, Frederico Bermúdez e Priscila Lucas, que chegaram movimentando o ambiente ao meu redor e, mais do que isso, movimentando, pela vontade de Deus, minha alma, meu espírito, que ainda que certas barreiras nos distanciem um pouco, mesmo no silêncio, sabemos que sempre estaremos próximos uns dos outros, unidos por um laço que apenas a Fé pode explicar e, sobretudo, revelados perante mim como exemplos de superação de vida que apenas o infinito Amor de Deus consegue possibilitar.

AGRADECIMENTO

Agradeço por todo suporte do estimado professor Dr. Marcelo Schenk Duque que, por força do destino, pelo mover de Deus, aceitou a missão de me auxiliar a terminar o meu percurso neste curso de Mestrado, armando-se de toda a atenção, paciência, persistência e cordialidade, me proporcionando não apenas uma qualificada orientação acadêmica, compartilhando de seu amplo conhecimento em matéria de Direito Constitucional, mas, também fornecendo todo apoio que precisava como ser humano nessa etapa tão importante de qualificação acadêmica e de vida, contribuindo ainda com lições valorosas que precisava alcançar a fim de que pudesse elaborar um bom trabalho dissertativo. Agradeço de forma especial ao colega Rodrigo Luz Peixoto que, em diversos momentos, me aconselhou e orientou em diversos assuntos relativos a esta jornada no curso de Mestrado. Faço menção a colegas como Danielle Antpack Bettim, Andrea Camargo Rodrigues, Vanessa Gischkow Garbini, Suellen Martins Pacheco, Ana Cristina Moraes Warpechowski, Juliana Lima de Azevedo, Francieli Puntel Raminelli, entre outros, que, cada um, a sua maneira, talvez, sem que soubessem, foram por Deus usados para fortalecer minha mente, meu coração e minha alma em todo esse longo e sofrido processo. No mesmo sentido, aponto a felicidade de ter reencontrado professores tão queridos e qualificados como o Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto e a Prof. Dra. Roberta Camineiro Baggio que sempre contribuem, não apenas em minha qualificação acadêmica, mas também pessoal, com valorosas reflexões e ensinamentos. Registro ainda agradecimentos aos demais funcionários e membros de nossa Faculdade de Direito que viabilizaram, uma vez mais, condições para que esta missão pudesse ser completada, fazendo menção especial aqueles que atuam junto à Secretaria de Pós-Graduação e ao serviço de Biblioteca, locais que sempre fui atendido com respeito e cordialidade.

RESUMO

Dissertação que se propõe, à luz do resgate da Doutrina Clássica do Tribunal do Júri, tentar restabelecer uma visão crítica ao tribunal popular perante o Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo. Doutrina esta que abarca as discussões ocorridas a respeito do Tribunal do Júri, levadas a cabo por estudiosos e doutrinadores, brasileiros e estrangeiros, do campo constitucional, penal e processual penal, a maior parcela localizada em fontes datadas do século XX, complementadas por referências a autores ou obras, cujas teorias, dizem respeito ao século XIX, alcançando ainda correntes de pensamento datadas do século XVIII. Trabalho de caráter predominantemente teórico, histórico e doutrinário. Em sua primeira parte, apresentar-se-á o histórico e configuração constitucional contemporânea do júri no Brasil, abordando, na sequência, uma análise crítica e desconstitutiva da doutrina clássica de defesa da instituição do júri, seguida por um resgate da doutrina de oposição ao tribunal popular, que se prolonga na exposição dos primeiros pareceres acerca das experiências iniciais de implementação de tribunais de jurisdição mista no cenário moderno europeu, para bem delinear quais as problemáticas que até hoje permeiam a instituição jurisdicional em análise e o indicativo de que os órgãos colegiados de jurisdição mista, há muito tempo, despontam como uma melhor alternativa a ser adotada em um Estado Democrático de Direito. Em sua segunda parte, tendo sempre em perspectiva a compatibilidade e a real função desempenhada pelo Tribunal do Júri neste contexto, buscar-se-á estabelecer os contornos de uma concepção de Estado Democrático de Direito contemporâneo, revisitando-se lições a respeito do que se constitua um Estado de Direito, como componente central e estágio prévio de um Estado Democrático de Direito, passando pelo delineamento de uma concepção, sobretudo, material de Democracia, até alcançar uma visão teórica e prática completa de como se constitua efetivamente um Estado Democrático de Direito contemporâneo, agregando-se ainda uma proposta de avaliação da instituição do júri perante à dinâmica de funcionamento de um tal modelo estatal, por meio de um enfoque, exemplificativamente tomado, nas relações entre Democracia e Estado, Direito e Política, consolidando-se, assim, um parecer pela incompatibilidade de um tribunal popular dotado dos atributos como o do sigilo das votações e o da soberania dos veredictos com uma ordem estatal de direito democrática que a Doutrina Clássica do Tribunal do Júri, em certo sentido, especialmente a de oposição, já havia traçado há décadas atrás.

Palavras-chave:

doutrina clássica. júri. estado democrático. contemporâneo. Brasil

ABSTRACT

This text proposes, in the light of the rescue of the Classical Doctrine of the Court of the Jury, to try to reestablish a critical view of the popular court before the contemporary Brazilian Democratic State of Law. This doctrine covers the discussions that took place on the Jury's Court, carried out by Brazilian and foreign scholars and writers, from the constitutional, penal and criminal procedural field, the largest portion located in sources dating from the twentieth century, complemented by references to authors or works, whose theories refer to the nineteenth century, reaching currents of thought dating from the eighteenth century. In its first part, it will present the history and the contemporary constitutional configuration of the jury in Brazil, followed next by a critical and deconstitutive analysis of the classic doctrine of defense of the institution of the jury, followed by a rescue of the doctrine of opposition to the popular court, which goes on the presentation of the first opinions on the initial experiences of the implementation of mixed courts in the modern European scenario in order to delineate the issues that have permeated the jurisdictional institution under consideration and the indication that collegiate bodies with mixed jurisdiction have long emerged as a better alternative to be adopted in a Democratic State. In its second part, always having in perspective the compatibility and the real function performed by the Jury Court in this context, it will be tried to establish the contours of a conception of contemporary Democratic State, revisiting lessons about what constitutes a Rule of Law, as a central component and previous stage of a Democratic State, passing through the design of a concept, material, especially, of Democracy, until reaching a complete theoretical and practical vision of how effectively constitute a contemporary Democratic State, adding yet a proposal for evaluation of the jury's institution in relation to the dynamics of the functioning of such a state model, by means of an approach, exemplified in the relations between Democracy and State, Law and Politics, thus consolidating an opinion by the incompatibility of a popular court endowed with attributes such as the secrecy of voting and the sovereignty of the verdicts with a democratic state order that the Classical Doctrine of the Court of the Jury, in a certain sense, especially the one of opposition, had already traced decades ago.

Key words:

classical doctrine. jury. democratic state. contemporary. Brazil

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. O RESGATE DA DOCTRINA CLÁSSICA DO TRIBUNAL DO JÚRI | 12 |
| <i>1.1 HISTÓRICO E CONFIGURAÇÃO CONTEMPORÂNEA CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DO JÚRI NO BRASIL</i> | <i>15</i> |
| <i>1.2 APONTAMENTOS À DOCTRINA CLÁSSICA DE DEFESA DO TRIBUNAL DO JÚRI</i> | <i>23</i> |
| <i>1.3 A ESQUECIDA DOCTRINA CLÁSSICA DE OPOSIÇÃO AO TRIBUNAL DO JÚRI</i> | <i>53</i> |
| <i>1.4 DOCTRINA CLÁSSICA DAS PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS DE TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO MISTA NO CENÁRIO EUROPEU</i> | <i>86</i> |
| 2. O JÚRI NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO | 106 |
| <i>2.1 ESTADO DE DIREITO: ESTÁGIO PRÉVIO E COMPONENTE CENTRAL DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</i> | <i>107</i> |
| <i>2.2 O CONCEITO MATERIAL DE DEMOCRACIA COMO ELEMENTO BASE DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</i> | <i>122</i> |
| <i>2.3 UMA CONCEPÇÃO COMPLETA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO</i> | <i>137</i> |
| <i>2.4 O TRIBUNAL DO JÚRI NA DINÂMICA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTERAÇÃO ESTADO E DEMOCRACIA, DIREITO E POLÍTICA</i> | <i>155</i> |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 174 |
| REFERÊNCIAS | 182 |

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assentou a instituição do júri com seus principais atributos no elenco dos direitos e garantias fundamentais, nem por essa razão, deve-se deixar de dirigir um olhar crítico a esta mesma instituição. É por esta razão que se vem, por meio desta Dissertação, à luz do resgate da Doutrina Clássica do Tribunal do Júri tentar reestabelecer uma visão crítica ao tribunal popular perante o Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo. Doutrina esta que aborda as discussões ocorridas a respeito do júri, levadas a cabo por estudiosos e doutrinadores, brasileiros e estrangeiros, do campo constitucional, penal e processual penal, a maior parcela localizada em fontes datadas do século XX, complementadas por referências a autores ou obras, cujas teorias, dizem respeito ao século XIX, alcançando ainda correntes de pensamento datadas do século XVIII.

No desenrolar do desenvolvimento histórico social e político, desafortunadamente, o Tribunal do Júri não parece ter logrado comprovar seu papel de órgão estatal de caráter essencial para a consolidação e desenvolvimento da consciência política e democrática dos cidadãos brasileiros. Partindo-se de uma ótica predominantemente social, política, constitucional e de teoria geral do estado, conjugada, no que for pertinente, com a matéria penal e processual penal, buscar-se-á averiguar por que razões ou motivos o instituto do júri, há longa data, inclusive tomando-se um amplo panorama internacional, sempre revelou-se como instrumento dotado de inúmeras fragilidades e de questões problemáticas, que nos induzem ao seguinte problema: cumpre este referido padrão de juízo popular papel ou função política, social e jurisdicional essencial, relevante e eficaz no contexto de um Estado Democrático de Direito contemporâneo como é o caso do Brasil?

Com o passar dos tempos, especialmente tendo em conta o grande desenvolvimento técnico e científico do direito, sobretudo do direito penal, dúvidas a respeito da eficácia de prestação de justiça por meio de uso de instituições nestes moldes parecem apenas ter se avolumado. Acrescente-se a este último fator mencionado que o progressivo desenvolvimento de organizações e sistemas estatais regidos pelo princípio democrático revelam graves incompatibilidades com atributos como aqueles que se fixaram para o Tribunal do Júri brasileiro, a exemplo da soberania dos veredictos e do sigilo das votações.

Para a finalidade que se propõe este trabalho dissertativo, inicialmente, em sua primeira parte, se apresentará o histórico e configuração constitucional contemporânea do júri no Brasil, abordando, na sequência, uma análise crítica e desconstitutiva da doutrina clássica de defesa da instituição do júri (Tocqueville, Thomas Cooley, Emmanuel Sieyès, Ruy Barbosa), seguida por um resgate da doutrina de oposição ao tribunal popular (Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Justiniano José da Rocha, Rudolf von Ihering, Enrico Ferri), que se prolonga na exposição dos primeiros pareceres acerca das primeiras experiências de implementação de tribunais de jurisdição mista no cenário moderno europeu (James Goldschmidt, René Garraud, Raffaele Garofalo, Francesco Carnelutti, Victor Fairén Guillén), para bem delinear quais as problemáticas que até hoje permeiam a instituição jurisdicional em análise e o indicativo de que os órgãos colegiados de jurisdição mista, há muito tempo, despontam como uma melhor alternativa a ser adotada em um Estado Democrático de Direito.

Em sua segunda parte, tendo sempre em perspectiva a compatibilidade e a real função desempenhada pelo Tribunal do Júri neste contexto, buscar-se-á estabelecer os contornos de uma concepção de Estado Democrático de Direito contemporâneo, revisitando-se lições a respeito do que se constitua um Estado de Direito, como componente central e estágio prévio de um Estado Democrático de Direito, passando pelo delineamento de uma concepção, sobretudo, material de Democracia, até alcançar uma visão teórica e prática mais abrangente do que seja efetivamente um Estado Democrático de Direito contemporâneo, agregando-se ainda uma proposta de avaliação da instituição do júri perante à dinâmica de funcionamento de um tal modelo estatal, dando enfoque, a título exemplificativo, nas relações entre Democracia e Estado, Direito e Política.

Reacendendo-se, assim, por meio deste trabalho de caráter predominantemente exploratório, bibliográfico, teórico, histórico e doutrinário, com o resgate, principalmente, uma parcela doutrina acerca da instituição do júri, no campo constitucional, penal e processual penal, que restou esquecida pelo pensamento jurídico contemporâneo, um olhar crítico ao Tribunal do Júri contribuindo para ratificar o parecer que a Doutrina Clássica do Tribunal do Júri, de alguma forma, especialmente a de oposição, já havia vislumbrado há décadas: o da incompatibilidade de um tribunal popular dotado dos atributos como o do sigilo das votações e o da soberania dos veredictos com uma ordem estatal de direito democrática.

1. O RESGATE DA DOCTRINA CLÁSSICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O resgate do que se intitula de Doutrina Clássica do Tribunal do Júri é tarefa de extremado valor para repensar esta instituição jurisdicional popular que, por ainda carregar, no Brasil, atributos, como sigilo das votações e soberania dos veredictos¹, deixa a decisão final dos casos nas mãos de um colegiado de juízes leigos que podem votar por sua íntima convicção e sem necessidade de motivação², podendo absolver ou condenar o réu, mesmo que indo contra toda a ordem legal penal e processual penal estatuída pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, ignorando-se, ainda, toda a necessidade de conhecimento técnico e científico que em dias atuais se demanda para uma adequada e justa interpretação e aplicação das normas de direito penal e processual penal.

A Doutrina Clássica que este trabalho aborda e buscou resgatar abarca autores e obras, seja do ramo penal ou processual penal, seja do constitucional, entre autores nacionais e estrangeiros europeus ou norte-americanos, do século passado, século XX, especialmente da sua primeira metade, afora aqueles conteúdos pertinentes

¹ Acerca de tais atributos, *Eugênio Pacelli* leciona: “De mais a mais, pode-se ainda argumentar que, do ponto de vista de um Estado de Direito e de um processo penal garantista, como é pretende ser o nosso, revela-se inconveniente e mesmo perigoso o trancamento absoluto das vias impugnativas das decisões penais condenatórias. A última característica do modelo de júri adotado em nosso ordenamento diz respeito ao sigilo das votações. A *escolha é totalmente diversa do sistema anglo-americano*, no qual se permite que o convencimento judicial final seja construído com a participação, efetiva e atuante, de todos os integrantes do Conselho de Sentença. E mais: ali se permite que os jurados manifestem-se livremente pela condenação (culpado) ou pela absolvição (inocente).” (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 327 e 328)

² A respeito deste ponto de debates, *Eugênio Pacelli* tece as seguintes considerações: “... E isso ocorre em razão da inexistência do dever de motivação dos julgados. A resposta da quesitação pelo Conselho não exige qualquer fundamentação acerca da opção, permitindo que o jurado firme seu convencimento segundo lhe pareça comprovada ou revelada (aqui, no sentido metafísico) a verdade. E, convenhamos, esse é realmente um risco de grandes proporções. Preconceitos, ideias preconcebidas e toda sorte de intolerância podem emergir no julgamento em Plenário, tudo a depender da eficiência retórica dos falantes (Ministério Público, assistente de acusação e defesa).” (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 328)

ao debate do júri que envolvam teóricos cujas ideias brotaram em tempos mais remotos ainda: do século XIX e século XVIII. São relatos históricos, análises, debates e pareceres jurídicos especialmente sobre os primeiros tempos de implementação da instituição do júri nos Estados de Direito modernos e contemporâneos de modelo capitalista ocidental que ajudam a denunciar os inúmeros problemas que envolvem a operacionalização de um tribunal popular no contexto de um Estado Democrático de Direito, cujas mazelas foram identificadas rapidamente no cenário europeu, onde não tardou-se muito em migrar para a implementação de modelos de jurisdição mista, como foi o caso dos escabinados e assessorados.

No Brasil, desde que o Constituinte de 1988 assentou a instituição do júri com os atributos do sigilo das votações e da soberania dos veredictos como direito ou garantia fundamental³, colocando a instituição na condição de cláusula pétrea⁴, o debate sobre os problemas envolvendo o Tribunal do Júri esvaziou-se de forma significativa na doutrina constitucional e, sobretudo, na doutrina penal e processual penal e, por esse motivo, tal doutrina clássica restou bastante esquecida. Se é verdade que os problemas que abarcam a instituição do júri não são exatamente os mesmos de tempos anteriores, a verdade é que várias críticas ainda persistem. Como comprovam os relatos históricos a serem colacionados, o Tribunal do Júri no Brasil, desde muito cedo, deixou revelar problemas de corrupção e ineficácia em sede de efetivação de jurisdição penal em termos de crimes dolosos contra a vida, especialmente no que se refere aos casos de absolvições tidas como “escandalosas” por grande parte dos autores consultados⁵.

³ Acerca da possibilidade de compreensão de que direitos fundamentais, especialmente aqueles tomados como normas constitucionais, não podem ser considerados como elementos absolutos e eternos, já arguiu, exemplificativamente citando-se, *Ingo W. Sarlet*: “Com efeito, enquanto nos Estados Unidos da América homens do porte de Jefferson e Thomas Paine pregavam a impossibilidade de os mortos poderem, por intermédio da Constituição, impor sua vontade aos vivos, o art. 28 da efêmera, mas, mesmo assim, paradigmática Constituição Francesa de 1793 estabelecia que *um povo sempre deve ter o direito de revisar, reformar e alterar sua Constituição. Uma geração não pode submeter as gerações futuras às suas leis.*” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 381)

⁴ Em sentido, ainda que não exatamente idêntico ao que se deseja arguir neste texto dissertativo, *Aury Lopes Junior* opina que: “É verdade que o Tribunal do Júri é cláusula pétrea da Constituição, art. 5º, XXXVIII, mas isso não desautoriza a crítica... importa aqui contribuir para a formação de uma visão crítica fundamental para compreensão e aperfeiçoamento do júri.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 740)

⁵ Aqueles que recorressem, naquele período, aos arquivos judiciários e examinassem os processos julgados pelo júri verificariam que, aponta *Athos Moraes de Castro Vellozo*, constituindo eles expressiva e indiscutível maioria, senão a quase totalidade, cogita o especialista, a decisão dos juízes de fato (fosse absolvendo, fosse condenando, assinala ele) não fornecia qualquer elemento pelo qual se pudesse deduzir, ao menos, em que se basearam aqueles para proferi-la. Comprovariam, não obstante, o que por Athos Moraes de Castro Vellozo fora afirmado, investigando nos recursos que daquelas decisões foram

Não se nega que uma instituição deva ter seu espaço ou tempo de amadurecimento⁶, não se nega que o sistema processual penal do júri brasileiro possa ter passado por melhorias, todavia, também não há como ignorar que muitos de seus defeitos ainda persistem até os dias de hoje. O júri parece ter se tornado apenas mais um órgão de justiça comum, apático, política e socialmente falando, pouco contribuindo para o desenvolvimento político, da cidadania, da nação brasileira como um todo, causando até mesmo repugnância em vários cidadãos brasileiros, havendo menos ainda dados amplamente disponibilizados que comprovem sua atuação jurisdicional eficaz ou uma grande contribuição que o júri de equidade popular esteja trazendo em termos de justiça penal e social⁷. Este é um dos casos em que um olhar ao passado, como se trata

interpostos sob o fundamento de não possuírem apoio algum nas provas dos autos ou produzidas em Plenário, ou simplesmente, relata ele, serem evidentemente contrárias às mencionadas provas. Diversos outros autores, expõe Athos Moraes de Castro Vellozo, que escreveram sobre o júri, relatam esses fatos. Entre eles, menciona que Tavares Bastos narrara episódios chocantes que presenciara em julgamentos pelo júri, e a relação, ressalta Athos Moraes de Castro Vellozo, é extensa. Também, acrescenta o estudioso, a injustiça daqueles julgamentos, apareceria relatada anualmente, pelos representantes do Ministério Público de todas as partes do Brasil. A seleção dos cidadãos para constituírem o corpo de jurados, denuncia o especialista, não fora suficiente para impedir que se reproduzissem decisões sem fundamento, o que continuaria ocorrendo não apenas no interior dos Estados, mas também em suas capitais e na própria Capital da República. O júri, como instituição de justiça, na expressão de Esmeraldino Bandeira, reproduz Athos Moraes de Castro Vellozo, deve submeter-se às regras reconhecidas pela razão, às normas que norteiam os órgãos de julgamento. (VELLOZO, Athos Moraes de Castro. *Limitações à soberania do júri*. Disponível em:

[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20\(T%203385\).pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20(T%203385).pdf?sequence=1)

Acesso em: 21 out. 2017. p. 63 e 64)

⁶ Victor B. Riquelme, tratando da temática do transplante, vigência e processo de adaptação de uma instituição, escreveu: “As instituições humanas não nascem de um dia para outro, não se implantam tão pouco por simples capricho do homem. Todas elas denotam um lento processo em sua formação. Não há, por outra parte, nenhuma instituição humana que tenha vigência universal. Mesmo nos casos de aparente transplante, adoção ou remedo, a instituição transplantada adquire, em seu novo meio, uma forma, uma modalidade ou um espírito novo que, no correr dos anos, a distingue de seu modelo, diz Manuel Ibañez Brochan (La organización Judicial Argentina, La Plata, 1938).” (RIQUELME, Victor B. *Instituciones de derecho procesal* penal. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.)

⁷ No Brasil de sua contemporaneidade, Athos Moraes de Castro Vellozo considerava que, inegavelmente, o tribunal popular não merecia a confiança geral, mas ao contrário, estaria completamente desacreditado e o povo não lhe reconhecia justiça nas decisões que proferia. Alegava, então, enuncia Athos Moraes de Castro Vellozo, ser manifesta a necessidade de restringir-se a atual soberania do júri, pois os fatos evidenciavam-na. Simples observação, do que realmente assistia-se no tribunal popular, apontava o autor, seria suficiente para gerar a convicção de que o júri, “soberano”, como o é, não se coaduna com a finalidade do direito repressivo, nem satisfaz aos interesses da justiça penal, e constitui inegável e perene ameaça à estabilidade social, compreendia o teórico, fato preponderante que é aumento da criminalidade homicida por deixar impunes os criminosos. Sob o manto de uma soberania “injustificável”, contrapõe Athos Moraes de Castro Vellozo, em se tratando de tribunal para o julgamento de delinquentes, acusados dos delitos mais graves (contra a vida), o júri não se ajusta aos seus fins, não preenche, como sua história revela, no Brasil, compreende o estudioso, as necessidades da justiça criminal. Serve sim, alerta o especialista, a interesses particulares, individuais, a uma expressiva minoria, em detrimento da coletividade. Naquele período, sugeria Athos Moraes de Castro Vellozo que, sem hesitação, qualquer um que se dedicasse a perquirir quais eram os maiores defensores do júri concluiria que os mesmos não defenderiam a instituição do júri, na sua essência, mas os seus próprios interesses de advogados criminais, que geralmente o eram, os quais sob a “mística”, entende o autor, de ser o júri instituição democrática, e,

do resgate desta Doutrina Clássica referida, é relevante e necessário para demonstrar que um órgão jurisdicional como esse modelo de júri brasileiro, na atualidade, não mais se compactua com um modelo de Estado Democrático de Direito como este que, contemporaneamente, configura o Estado brasileiro⁸.

Para a finalidade que se propõe este trabalho dissertativo, inicialmente, neste seu primeiro bloco, proceder-se-á a uma apresentação do histórico e configuração constitucional contemporânea do júri no Brasil, abordando, na sequência, uma análise crítica e desconstitutiva da doutrina clássica de defesa da instituição do júri (Tocqueville, Thomas Cooley, Emmanuel Sieyès, Ruy Barbosa), seguida por um resgate da doutrina de oposição ao tribunal popular (Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Justiniano José da Rocha, Rudolf von Ihering, Enrico Ferri, entre outros), que se prolonga na exposição dos primeiros pareceres acerca das primeiras experiências de implementação de tribunais de jurisdição mista no cenário moderno europeu (James Goldschmidt, René Garraud, Raffaele Garofalo, Francesco Carnelutti, Victor Fairén Guillén), para bem delinear quais as problemáticas que até hoje permeiam a instituição jurisdicional em análise.

1.1 HISTÓRICO E CONFIGURAÇÃO CONTEMPORÂNEA CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DO JÚRI NO BRASIL

Nesta tarefa de apresentar o histórico da previsão da instituição nas constituições brasileiras, o impulso inicial será tomado emprestado de Pontes de Miranda. O jurista⁹ assinala que, a Constituição Política do Império do Brasil, art. 151 dispunha que o poder judicial era independente, e seria composto de juízes e jurados, os quais teriam lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinassem. O

mais, uma tradição de nosso direito, conseguem pleno êxito quando atuam perante o “ilustrado” conselho de sentença composto de juízes leigos, “irresponsáveis”, “incapazes” por “incompetência” para a missão que lhe confia a lei, êxito que, compreende o jurista, jamais obteriam perante a justiça togada. (VELLOZO, Athos Moraes de Castro. *Limitações à soberania do júri*. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20\(T%203385\).pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20(T%203385).pdf?sequence=1) Acesso em: 21 out. 2017. p. 56 e 57)

⁸ Em questão conexa a esta que foi levantada, assinala Aury Lopes Júnior: “Outra garantia fundamental que cai por terra no Tribunal do Júri é o direito de ser julgado a partir da prova judicializada. Em diversas oportunidades explicamos a distinção entre atos de investigação (realizados no inquérito policial) e atos de prova (produzidos em juízo, na fase processual), ressaltando a importância de que a valoração que encerra o julgamento recaia sobre os atos verdadeiramente de prova, devidamente judicializados e colhidos ao abrigo do contraditório e da ampla defesa.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 742)

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. 2. ed. rev. e aum. Vol. IV. Arts. 141-156. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 401

art. 152, a seu turno, expõe o doutrinador brasileiro, prescrevia que os jurados se pronunciavam sobre o fato, e os juízes aplicariam a lei.

Destaque-se, neste ponto, que a própria Constituição da brasileira registrava esta grave falha de compreensão técnica e científica de que seja possível proceder a um juízo independente da questão de fato e da questão de direito. Acrescente-se ao mencionado por Pontes de Miranda que, nesta Carta Política, a instituição estava posta no capítulo único do Título do Poder Judiciário, ou seja, não entre o elenco de direitos e garantias individuais, mas como um órgão ordinário do poder jurisdicional do Estado brasileiro¹⁰. Já, na Constituição de 1891, art. 72, § 31¹¹, o texto simplesmente indicava que ficava mantida a instituição do júri.

¹⁰ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htmAcesso em: 28 mai. 2018.

¹¹ Declaração de Direitos. Constituição de 1891. **Art. 72, § 31:** *Carlos Maximiliano* escreve que a Constituinte assegurou ao indivíduo acusado de crime grave o direito de ser julgado pelos seus pares. Abandonando o modelo norte-americano, não desceu a minúcias; analisa o autor, manteve uma forma “dúctil”, adaptável às circunstâncias, apropriada para acompanhar a evolução jurídica do Brasil. Não determinou a competência, nem a composição e o modo de funcionar o tribunal popular. Carlos Maximiliano anota que formavam o conselho de sentença cinco juízes de fato, no Rio Grande do Sul; sete, no Distrito Federal; 10, em alguns estados; 12, na maioria dos demais. O Rio Grande fez mais, destaca o jurista: proibiu o voto secreto e a recusa não fundamentada de jurados pela acusação e defesa, como havia no tempo do Império e persiste ainda em quase todo o país. O constitucionalista revela que insurgiu-se contra a lei o juiz Alcides Lima, e, presidindo o tribunal popular, excluiu do conselho de sentença os cidadãos recusados pelas partes. Processado, o Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento de um recurso de revisão, isentou de pena o denunciado, sob outros fundamentos; declarou constitucional a lei rio-grandense. Concluíra o Acórdão n. 406, de 7 de outubro de 1899, destaca o constitucionalista, que as características do tribunal do jury eram as seguintes: I. Quanto à composição: a) da corporação dos jurados; compõe-se de cidadãos, periodicamente qualificados por autoridades para isso especialmente deputadas, tirados de todas as classes sociais, e que reúnam as qualidades previamente exigidas por lei para exercer as funções de juiz de fato, com o recurso legal de admissão ou inadmissão na respectiva lista; b) do conselho de julgamento; compõe-se de certo número de juízes, escolhidos à sorte, de entre o corpo dos jurados, em número triplo ou quádruplo, com antecedência sorteados para servirem em certa sessão, previamente marcada por quem 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 do tribunal: a) incomunicabilidade dos jurados com pessoas estranhas ao conselho, para evitar sugestões alheias; b) alegações e provas da acusação e da defesa produzidas publicamente perante ele; c) atribuição de julgar em consciência, isto é, não pelo alegado e provado, como incumbe aos juízes togados; mas, ou pelas provas dos autos, ou por outras, colhidas *aliunde*, ou por qualquer outro modo ou fórmula de convicção que se possa gerar em seu espírito, sem sujeição de regras jurídicas da prova, e por isso; d) irresponsabilidade pelo voto emitido, contra o réu ou a favor do réu. Carlos Maximiliano afirma que a interpretação dada ao verbo manter, empregado no citado § 31 do art. 72 da Constituição Federal, isto é, de conservar, guardar, observar tal qual, inalteravelmente, como foi regulado pelo Código de Processo Criminal de 1832, aliás, com as profundas alterações das leis e decretos de 1841, 1842, 1850 e 1871, daria o resultado “absurdo”, enfaticamente diz o autor, de se conservar estacionário, irreformável, imutável, incapaz de qualquer melhoramento, uma instituição cujos gravíssimos defeitos preocuparam sempre a atenção dos estadistas, dos juízes, dos legisladores do Império, que aconselharam e decretaram aquelas mencionadas reformas de 3 de Dezembro de 1841, 31 de Agosto de 1850, 20 de Setembro de 1871, e outras do antigo regime, e as que foram feitas no regime republicano pelos Decretos do Governo Provisório, n. 848 e 1.030, de 1890; reformas que estavam muito aquém das que são reclamadas pelos mais ilustres criminalistas contemporâneos, máxime na Itália, já não falando, pondera Carlos Maximiliano, nos que entendem que o júri deve ser abolido, como uma instituição impossível de satisfazer os ideais da justiça, realizando o

Ressalte-se que, de forma complementar ao anotado pelo jurista brasileiro, na ocasião sua previsão fora transferida à Declaração de Direitos da respectiva Carta Magna¹². A Constituição de 1934, por sua vez, descreve ele, em seu art. 72¹³ trazia comando para manutenção da instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe desse a lei. Aqui impõe-se acrescentar que o Tribunal do Júri tinha previsão no título correspondente à Organização Federal, no capítulo referente à organização do Poder Judiciário. A Constituição de 1937¹⁴, verificara Pontes de Miranda, fora omissa a respeito do tribunal popular, não mencionando nada a seu respeito entre seus dispositivos¹⁵.

direito violado na orbita de suas atribuições. (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918. p. 752 a 754)

¹² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

¹³ A respeito do **art. 72, CF 1934**, *Antônio Marques Reis afirmou*: “Queriam na Assembleia Nacional Constituinte que expressamente ficasse consignado que os crimes políticos e os de imprensa fossem julgados pelo Tribunal do Júri. A ideia foi vencida. Seria conveniente que vencida também fosse a manutenção do Júri. Somos e seremos sempre contrários à Justiça leiga.” (REIS, Antônio Marques dos. *Constituição federal brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1934.p. 169)

¹⁴ Sobre a **CF 1937**, *Walter Martins de Oliveira* registrou: “A Constituição não fez referências ao Tribunal do Júri, mas não o eliminou taxativamente como os tribunais eleitorais e federais. O júri é uma válvula de segurança das garantias individuais, mantido por todas as instituições verdadeiramente democráticas, como também o é o instituto do habeas corpus, e o mandado de segurança criado pela Constituição de Julho. Nos países, porém, de funda sedimentação democrática, em que a liberdade dos cidadãos é rodeada de sérias garantias, o julgamento dos mesmos nos processos crimes, não fica entregue somente aos juízes togados, habituados, quase sempre, à aplicação fria e imperativa dos textos legais. Ao lado da justiça togada, dos juízes de direito, funciona uma outra justiça – a justiça popular, os juízes de fato, que julgam de acordo com a sua consciência. São verdadeiros receptores do ambiente externo, são antenas que captam no meio social as vibrações fisiológicas das massas, podendo julgar com mais liberdade de ação, fugindo aos cânones legais, mas, aproximando-se, quanta vez, da justiça moral, da justiça compensação, da equidade. Isso quanto ao Júri na acepção mais elevada, quando constituído por cidadãos que põem o dever a cumprir acima de todas as paixões mesquinhas. Quando formado por homens de elevados sentimentos, de cultura, de caráter. Infelizmente, na prática, a instituição do Júri não tem dado os resultados esperados, mormente em nosso país, em que os homens cultos e independentes se afastam do tribunal do Júri. Naturalmente, algum Decreto-Lei virá reerguer essa Instituição, reorganizando-a sob novas bases, ampliando as atribuições do presidente do tribunal, limitando a ação dos jurados e responsabilizando-os, em parte, pelo julgamento. (OLIVEIRA, Walter Martins de. *Nova constituição dos estados unidos do brasil. Ligeiros comentários a constituição de 10 de novembro e a de 16 de julho de 1934*. Principais decretos-lei federais e do estado do rio de janeiro. 1938. p. 53 e 54)

¹⁵ Acerca do **júri**, escreveu *Themistocles Brandão Cavalcanti*: “Já havia, entretanto, a nossa legislação se orientado no sentido de limitar a força dos seus julgamentos. Foi a orientação seguida desde a lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938 que atribuiu ao Tribunal Superior, competência para reformar a decisão do júri, para absolver ou condenar o réu, aplicando-lhe a pena que achar devida, de acordo com a prova dos autos. Nada há, porém, na interpretação do texto que retire à lei ordinária a faculdade de procurar uma forma que satisfaça às exigências constitucionais, assegurando o regime da dupla instância judicial criada para proteger os interesses da defesa social tão imperativo na legislação repressiva. Não seria lícito, além do mais, sacrificar outro princípio importante, em nosso sistema judicial, da dualidade das instâncias, para favorecer uma instituição, que não pode ter o privilégio, negado a qualquer outra instância judicial ordinária, de tornar imune as suas decisões, do contraste e exame por parte de outra instância ou tribunal.” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A constituição federal comentada*. Volume III. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1949. p. 233 a 235)

Saindo do texto de Pontes de Miranda e atentando direto ao texto das Constituições disponibilizado pelo sítio do Planalto brasileiro, verificar-se-á que na Constituição de 1946¹⁶ o Tribunal do Júri encontrava-se previsto no elenco de direitos e garantias individuais, no art. 141, § 28, prescrevendo-se que ficaria mantida a instituição do júri, com a organização que viesse lhe dar a lei, contanto que fosse sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos, ficando obrigatoriamente dentro da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Pela Constituição de 1967¹⁷, o tribunal popular também seguia sendo previsto entre os direitos e garantias individuais, art. 150,

§ 18¹⁸, assentando que restavam mantidas a instituição e a soberania do júri, que teria competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Na sequência, a Emenda Constitucional n. 1 de 1969¹⁹, ou a Constituição Federal de 1969, conforme o entendimento adotado, atente-se que a instituição do júri

¹⁶ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

¹⁸ Acerca da previsão do júri na **CF 1967**, *Manuel Gonçalves Ferreira Filho* comenta que o júri é criação do direito anglo-saxão, o júri é considerado nos Estados fiéis a essas tradições como a principal, se não a fundamental, das garantias da segurança individual. De fato, alega o autor, consideram que o julgamento pelos pares é imprescindível para a salvaguarda da liberdade individual e especialmente para a justiça no caso concreto. É evidente, destaca o constitucionalista brasileiro, que nessa colocação não só importa o julgamento pelos pares, isto é, por jurados, como também a soberania do júri, ou seja, a prevalência da sua decisão quanto à matéria de fato, pelo menos, independentemente da manifestação de qualquer outro tribunal. No Brasil, registra Manuel Gonçalves Ferreira Filho, o júri era objeto de acesa controvérsia. O autor aponta que, se não faltavam os que o considerassem essencial à proteção da liberdade individual, fiéis a uma orientação que vem do direito britânico, outros o consideravam totalmente inadequado às condições brasileiras. De fato, diz o estudioso, no interior do Brasil, muitas vezes a existência do júri servia simplesmente para a impunidade de criminosos que contavam com o apoio dos potentados políticos. Na Constituinte de 1946, conta o constitucionalista brasileiro, prevaleceu a corrente favorável ao júri. O art. 141, § 28 da referida Constituição, enuncia o autor, prescrevia que era 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 da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Mais laconicamente, destaca Manuel Gonçalves Ferreira Filho, o texto promulgado em 1967, da Constituição de 1967 mantinha o júri com sua soberania, reservando-lhe a competência nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. É o que estava no art. 150, § 18, indica o autor. O constitucionalista brasileiro escreve que do confronto entre o texto em exame e o direito anterior revela diferenças flagrantes. Sem dúvida, diz o estudioso, era mantido o júri como instituição. Ou seja, explica o autor, o julgamento dos acusados de certos crimes, perante jurados, que são juízes não togados. Igualmente se mantém na competência do júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Entretanto a Constituição vigente – no caso da obra, referindo-se originariamente ao ano de 1969 – não afirma a soberania do júri. Dessa forma, conclui o jurista, poderia o direito processual penal submeter o veredicto do júri ao reexame, mesmo em matéria de fato, por qualquer outro tribunal, segundo dispuser seu texto. (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 607 e 608)

¹⁹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

encontrava-se fixada igualmente no conjunto dos direitos e garantias individuais, no art. 153, § 18, decidindo-se pela manutenção da instituição do júri, que receberia competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Finalmente, alcança-se a Constituição de 1988²⁰, a configuração constitucional contemporânea, na qual o constituinte brasileiro desejou de forma definitiva posicionar a instituição do júri e alguns de seus atributos dentro do grupo de direitos e garantias fundamentais, ganhando, neste contexto, status de cláusula pétreia. Sua previsão neste texto constitucional em vigência encontra-se no art. 5º, inciso XXXVIII, estabelecendo 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 vida²¹.

Verifique-se que, pela própria apresentação do histórico de previsão constitucional brasileira da instituição do júri, revela-se facilmente a dificuldade de encontrar a verdadeira função que deveria desempenhar o Tribunal do Júri em meio ao sistema jurídico e político brasileiro. A instituição, ora posicionada em conjunto com os demais órgãos do poder judiciário, ora em meio à declaração de direitos, sem se perder de vista que o constituinte de 1937 sequer mencionou o tribunal popular entre os dispositivos do correspondente texto constitucional, não se sabendo, ao certo, se por uma opção legislativa intencionada, por não ter encontrado consenso em que parte do texto deveria este enquadrar-se ou, quem sabe, até porque teria sérias dúvidas se seria pertinente que um órgão de prestação jurisdicional, tão problemático e tão suscetível de críticas, pudesse restar fixado constitucionalmente²².

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

²¹ Registrou *René Ariel Dotti*: “A Constituição de 1988 não apenas manteve a instituição do Júri, atribuindo-lhe o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, como ampliou a possibilidade de competência para outras hipóteses (art. 5º, XXXVIII). Tal orientação implica a necessidade de se aprimorar os mecanismos de funcionamento do tribunal popular, simplificando o procedimento e modernizando o sistema, principalmente quanto aos termos e fórmula e à dinâmica da colheita da prova. São inconsequentes e desviadas de objetivos práticos as manifestações contrárias à existência e ao funcionamento do Júri. Não se questiona a necessidade de 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 departamento 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 ilícito são taxativos, não se justifica o preconceito para com os juízes leigos. O mesmo vale para as infrações de menor potencial ofensivo desde que os elementos de sua economias, além da tipicidade, sejam de clara e indubitosa apreensão”. (DOTTI, René Ariel. *Anteprojeto do Júri*. Brasília a. 31 n. 122 mai./jul. 1994. p. 111 e 112)

²² Em sentido semelhante, registrou *Eduardo Espínola*: “A instituição do júri já se encontrava na Constituição do Império, como parte integrante do Poder Judiciário. Fora estabelecida também para o julgamento de questões civis, mas nessa parte não foi utilizado. Na primeira Constituição Republicana se

Na Constituição Imperial brasileira fora inserido, por meio da menção dos jurados, como órgão jurisdicional comum e nesta última Carta, a de 1988, restou definitivamente assentado na forma de um direito ou garantia fundamental. Outra constatação que contribui para ressaltar sua inconstância, mas como reflexo das questões problemáticas que materialmente se sobressaem de sua implementação e funcionamento, é de que, nas Constituições brasileiras, o constituinte também teve dificuldades de definir quais seriam os seus atributos essenciais e se estes mereceriam assento constitucional ou não, seja motivado por interesses particulares, seja motivado pela tentativa de realmente atender a um interesse público e tentar conformar um sistema jurídico e político mais equilibrado.

Diante de tantos registros históricos feitos, muito difícil parece contestar o entendimento de que, em realidade, o júri tenha se revelado mais como uma grande fonte de incertezas no contexto brasileiro, do que uma forma adequada e efetiva de prestação jurisdicional, de defesa da liberdade individual ou de participação direta do cidadão na administração da justiça. Nem seu valoroso e polêmico atributo de soberania dos veredictos, que tantas discussões e problemas práticos traz ainda ao Direito Constitucional e, sobretudo, ao Direito Processual Penal brasileiro²³, revelou-se como

declarou que é mantida a instituição do júri, apesar de não figurar no projeto de Governo Provisório e de contra ela se pronunciar o deputado João Vieira. As Constituições posteriores conservaram o júri; a de 1946, a despeito da oposição de alguns, também assim se pronunciou, declarando que terá a organização que a lei lhe der.” (ESPINOLA, Eduardo. *A nova constituição do Brasil. Direito político e constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946. p. 405)

²³ Referindo-se a problemáticas que o Tribunal do Júri segue trazendo ao Processo Penal brasileiro, relevante registrar, no tocante à discussão dos limites da soberania dos veredictos, recente movimento de extinção do recurso de Protesto por Novo Júri. *Fernando Costa Tourinho Filho* enuncia que, de acordo com definição de Joaquim Inácio Ramalho, o Protesto por novo Júri seria a provocação feita da sentença de um júri para o outro, a fim de que a causa pudesse ser julgada novamente. Na Inglaterra, compara o jurista, vigorava ainda um instituto semelhante ao Protesto brasileiro. Semelhante, mas não igual, advertia ele. Tratava-se, indicava o especialista do *writ of venire facias de novo*. *Fernando Costa Tourinho Filho* explica que tratava-se de recurso em que a parte solicitava ao Tribunal Superior que fosse ordenado ao magistrado a convocação do júri para novo julgamento. Se órgão ad quem entendesse que o erro, no primeiro julgamento fora manifesto, concederia a ordem (*writ*); do contrário, a denegaria. No Brasil, analisa o estudioso, não existia tal intervenção de um órgão superior. TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo penal*. vol. 4. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983. p. 315 e 316) *Eduardo Magalhães Noronha*, a seu turno, ressalta que sempre estivera presente na tradição do nosso direito o **protesto por novo julgamento do júri**. (NORONHA, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 483) *Hélio Tornaghi*, a sua vez, tratando do Protesto por novo Júri, amplia um pouco mais as explicações de do instituto símile encontrado no sistema do júri inglês. Na “pátria do júri”, mencionara ele, e, em geral, naquele período, existiria nos países de direito anglo-saxão, não um, mas, dois institutos “aparentados” com o Protesto por novo Júri brasileiro. O primeiro e mais antigo, cita o autor, era o *writ of venire facias de novo*. *Writ*, como é sabido, esclarece ele, é a ordem escrita (“onde o nome”); corresponderia, entendia o jurista, ao nosso mandado. *Venire facias de novo*, explica o doutrinador é expressão latina: os termos, atos e atas, detalha ele, eram escritos em latim, língua corrente entre os clérigos (*clerk*, aponta o autor, naquela época nome dado aos escreventes, seria corruptela de *cleric*), que exerciam funções cartorárias, posto que sabiam ler e escrever, e seriam merecedores de “fê”. O *writ of venire facias de novo*, leciona *Hélio Tornaghi*, era ordem dada pelo

componente do Tribunal do Júri que merecesse guarida constitucional de forma constante.

Conforme o verificado, existiram momentos que se deixou expressamente ao legislador infraconstitucional tratar amplamente da matéria, ocorrendo períodos em que, na condição de órgão jurisdicional estadual, condição a qual até os dias de hoje assume, o júri encontrasse variadas configurações entre os Estados-membros, não apenas operacional e regulamentar ordinária, por assim dizer, mas, inclusive, aquelas correspondentes aos seus atributos e normativas mais essenciais, o que, conforme se verificará resultou, entre outros episódios, em discussão levada à cabo perante o Supremo Tribunal Federal, que, no caso, decidiu por determinar inconstitucionalidade de lei emitida pelo Poder Legislativo rio-grandense.

Ação, na qual restou registrado famoso parecer jurídico elaborado por Rui Barbosa em defesa da instituição, que será analisado em seção subsequente deste trabalho, tendo em conta que a referida lei do Estado do Rio Grande do Sul, Lei Estadual n. 10, de 16 de dezembro de 1895, em seus dispositivos de números 65 e 66, sancionada pelo seu então presidente, governador Júlio de Castilhos, para dar nova organização judiciária à justiça gaúcha, tratava de diminuir de doze para cinco o número de jurados, vedava a opção de recusa peremptória de jurados e excluía o direito de sigilo na votação. Tudo no contexto de episódio processual no qual se compreendia que o governo, na tentativa de defender seus interesses políticos, teria desejado, de alguma forma, penalizar membro do Poder Judiciário gaúcho, em caso que ficou conhecido como “crime de hermenêutica”. Impende rememorar que a Constituição de 1891, não fixava os regramentos básicos de conformação e operacionalização do tribunal popular, apenas mencionando a figura dos jurados na parte atinente à organização do poder judicial.

tribunal ao juiz para que fizesse vir de novo o júri, isto é, para que convocasse júri para novo julgamento. O segundo, expõe o especialista, era a motion for a new trial, traduzido por pedido de novo julgamento, que também era mais moderno. Em ambos os casos, observava o estudioso, procedia-se a novo julgamento, não obstante, reitera ele, eram dois tipos de recursos diferentes. O writ of venire facias de novo, registra o autor, fundar-se-ia na invocação de erros visíveis ao mais superficial exame dos autos, enquanto que a motion for a new trial baseava-se em provas que não encontravam-se nos autos. O writ era concedido, descreve o doutrinador, quando o tribunal verificava a existência de irregularidades na decisão do júri, ou quando o veredicto era de tal modo imperfeito, ambíguo ou contraditório que nenhuma conclusão dele pudesse-se extrair. O new trial, novo julgamento, por outro lado, enuncia o jurista, seria concedido quando a condenação era severa, ou melhor, quando a pena infligida era “pesada”. (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. de acordo com a CF88. São Paulo: Saraiva, 1992. vol. 2. p. 346 e ss)

Enfim, diante de todo o exposto, o que, nesta altura do texto dissertativo, desejar-se-ia antecipar, em termos conclusivos, é de que se compreende que a instituição do júri, em sua atual configuração, dificilmente poderá ser de forma segura e assertiva implementada, seja de um ponto de vista formal, seja de um ponto de vista material, como um direito ou garantia²⁴ constitucional fundamental, revelando-se extremamente incompatível com os princípios e valores de um Estado Democrático de Direito contemporâneo²⁵.

Deve-se reservar espaço para que a instituição passe pelo seu devido processo de desenvolvimento, como há muito tempo parecer haver já sucedido em diversos outros sistemas jurídicos e políticos estrangeiros, sobretudo, proporcionando condições para que, no momento de definição do veredicto final, estejam melhor balanceados o juízo técnico e científico e o senso de equidade e justiça popular que tanto se deseja agregar à prestação jurisdicional estatal via instituição do júri desde períodos muito remotos.

Estabelecidas estas primeiras conclusões e antes de adentrar na análise da Doutrina Clássica de oposição ao Júri, importante avaliar o que registravam e lecionavam alguns dos principais autores e teorias que, na grande maioria das vezes sem

²⁴ Considerando a proposta de *Paulo Bonavides*, efetivamente, o júri demonstra ser instituição capaz de desempenhar a função de uma garantia em acepção estrita, em acepção lata, instrumentária ou constitucional; em que pese, no contexto brasileiro, acredite-se que ela assuma um caráter quase que essencialmente de uma garantia instrumentária, pois parece apenas cumprir seu papel de proteção do direito de participação direta do cidadão na administração da justiça estatal, pouco ou quase nada contribuindo para a sua função de instituto que colabore para o desenvolvimento da consciência política e democrática da nação. Dessa forma, o Tribunal do Júri, compreendido, antes de tudo, como um instrumento, ainda que funcione como uma garantia, pode ir transformando-se ou ser substituído por outro instrumento melhor desenhado para a finalidade a qual se propõe a atender e para o contexto em que se deseja implementá-lo. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 532 e ss.) Compreensão em sentido semelhante é defendida por *Guilherme de Souza Nucci*: “Entendemos, também, ser o Tribunal do Júri, primordialmente, uma garantia individual... Muitos têm sustentado, a nosso ver equivocadamente, ser uma garantia ao direito de liberdade... A vida da vítima foi eliminada pelo réu e o Tribunal Popular não tem por fim proteger ou garantir fique o acusado em liberdade. Trata-se de uma garantia ao devido processo legal, este sim, uma garantia ao direito de liberdade... *O júri não é considerado nos documentos internacionais de direitos humanos um direito autenticamente fundamental*, como se fizesse parte dos chamados direitos supraestatais, na expressão de *Pontes de Miranda*...” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 695)

²⁵ Ao menos, pelo que fora noticiado através da obra consultada de *Uadi Lammêgo Bulos*, por assim dizer, pode-se considerar que emerge certo sentimento de “alívio”, ao constatar que, ao menos, a jurisprudência da mais alta Corte constitucional brasileira parece estar bastante desvincilhada de uma visão politicamente idealizada desta instituição jurisdicional. Diante de questões relativas ao Tribunal do Júri, quando ocorre confronto deste com as demais previsões constitucionais de direitos e garantias fundamentais, os Ministros da Suprema Corte brasileira parecem tratar todos eles, dentro do possível, com o mesmo grau de importância, com a mesma igualdade, procedendo com um pouco mais de equilíbrio no tocante ao balanceamento entre a dimensão técnica-jurídica e a política propriamente dita em momentos de conflito ou ponderação de normas, como aparentemente se verifica pelos enunciados jurisprudenciais revelados por *Uadi Lammêgo Bulos*. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 642 e ss.)

serem mencionados diretamente pelos defensores deste modelo atual de júri brasileiro, compreende-se, contribuíram, direta ou indiretamente, para a formação de um entendimento equivocado sobre qual configuração e papel que um órgão de jurisdição popular deve assumir no âmbito de um Estado Democrático de Direito contemporâneo como sucede no caso brasileiro.

Desse modo, sendo possível melhor apreender porque razões a instituição do júri alcançou a sua atual configuração e colocação no histórico constitucional brasileiro, especialmente, já que, tomados aparentemente por uma ânsia de “sentimento democrático”, por assim deduzir, os principais atores ou agentes políticos e jurídicos pátrios teriam adotado de forma idealizada tais teorias e “verdades” sociais, políticas e jurídicas, sem procederem a um processo de análise mais crítica e pragmática do tema com foco na concretude da realidade brasileira, tarefa que este texto dissertativo se propõe a fazer no seu segmento imediato.

1.2 APONTAMENTOS À DOCTRINA CLÁSSICA DE DEFESA DO TRIBUNAL DO JÚRI

A doutrina de defesa do júri²⁶, no Brasil, apoia-se, de forma prevalecente, em teorias e concepções de juristas e pensadores políticos bastante antigas para sustentar

²⁶ A título exemplificativo, apontam-se os dizeres de *Inocêncio Borges da Rosa*: “Nós, porém, somos partidários da sua manutenção. Estamos de acordo com João Barbalho afirmando que: o que em geral arguem contra o Júri os propagandistas de sua supressão cifra-se antes nos abusos que em vício intrínseco da instituição. O que cumpre é organizá-la por modo que possa bem preencher seus fins. E deve estar no recrutamento de seu pessoal o principal cuidado. Nós vamos mais longe ainda, asseverando, com base na experiência, que o Júri, na generalidade dos casos, bem desempenhará as suas funções, sempre que se preencherem conjuntamente os seguintes requisitos: 1º) Que o corpo de jurados se componha dos cidadãos mais notáveis do município por seus conhecimentos, experiência, idoneidade, retidão de conduta, independência e elevação de caráter; 2º) Que a Polícia, o Ministério Público e o Juízo cumpram meticulosamente os seus deveres, não poupando esforços nem regateando meios legais para apurar-se a verdade dos fatos constantes do processo; 3º) Que o Juiz togado, presidente do tribunal, execute imparcial, rigorosa e conscienciosamente as atribuições que a lei lhe confere: a) De dirigir os debates, de maneira a contê-los dentro de limites compatíveis com a Justiça, impedindo certos excessos de oratória e as incursões no terreno da sentimentalidade, sempre prejudiciais à isenção de ânimo que devem ter os jurados; b) De instruir os Juizes de Fato sobre os seus deveres, dando-lhes explicações sobre pontos de direito ou sobre o processo, podendo, para isto, recolher-se com os jurados a uma sala reservada, para evitar o constrangimento que sempre exerce a presença das partes interessadas e das pessoas que assistem ao julgamento; c) De advertir os jurados para que reconsiderem seus votos, todas as vezes que responderem aos quesitos de uma maneira incompleta, obscura ou incongruente. O Juiz presidente do Tribunal deve, em todos os casos, fazer ver aos jurados que não lhes cabe preocupar-se com o grau de pena, com a condenação ou com a absolvição dos réus, e, sim, responder, com consciência e de acordo com a verdade, as questões que lhe são propostas, preocupando-se tão somente com fatos contidos nos quesitos. Com a adoção destas providências, todas já consagradas no Código do Processo, não há necessidade de se chegar ao recurso extremo da abolição do Júri, medida esta reclamada por juristas, tanto pátrios como estrangeiros, entre os quais se contam João Vieira e Garofalo.” (ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Vol. III. Porto Alegre: Oficina Gráfica da Livraria do Globo, 1942. p. 37 a 38)

seu posicionamento político e ideológico, especialmente, quando comparada à doutrina de oposição ao júri apresentada e trabalhada no transcórrer deste texto dissertativo.

O que se tratará de realizar neste seção do trabalho²⁷, seja no que diz respeito à doutrina de defesa clássica estrangeira, seja à doutrina de defesa brasileira, que pelas circunstâncias restará centralizada na figura de Rui Barbosa, seu autor mais representativo, é um exercício de reflexão e crítica de seus principais fundamentos ou argumentos teóricos e práticos. Ressaltando-se que, de modo especial, diversas tentativas de transplantar a instituição do júri, no espaço e no tempo, resultaram mal sucedidas, pois é comum verificar entre os defensores do júri a utilização de frases isoladas dos referidos juristas e pensadores políticos, sem expor e nem refletir mais profundamente sobre o conjunto de suas bases históricas e materiais, sobre as quais estas foram constituídas, o que pode denotar, ora equívoco argumentativo por motivo emocional ideológico, ora, quem sabe, da parte de alguns, equívoco propositalmente induzido para defender a todo custo seu posicionamento. De qualquer maneira, resultando em grave problema de análise técnica e científica acerca da instituição do júri.

Iniciando a análise proposta, verifique-se que, por exemplo, *Alexis de Tocqueville*²⁸ ensina que é necessário distinguir dois aspectos do júri: uma instituição jurídica e uma instituição política. Se se tratasse, diz ele, de saber até que ponto o júri, sobretudo o júri em matéria civil, serve à boa administração da justiça, o próprio autor

²⁷ Uma questão ou opção metodológica e de conteúdo a ser desde já esclarecida e destacada é de que, em verdade, no transcórrer de todo este trabalho, buscar-se-á proceder a uma exposição mais ampla e detida de cada segmento teórico extraído dos principais autores consultados em suas respectivas obras, caracterizando-se como um modelo de trabalho que abarca várias fontes bibliográficas, mas que, ao mesmo tempo, se mesclaria com um certo modelo de trabalho que seria mais utilizado para textos científicos dedicados à análise de um só autor ou de uma só teoria. Nesse sentido, procedem-se a várias “pausas” dissertativas para trazer análises e reflexões sobre os diversos fragmentos textuais colacionados e uma reprodução literária mais fiel e mais longa de cada um deles, o que para alguns pode ser percebido como uma aparente ausência de “diálogo” entre os autores selecionados para o “debate” teórico e científico proposto ou excesso de conteúdo, o que é algo de caráter bastante subjetivo para se avaliar, compreende-se. Um esforço e uma tentativa de “inovação”, nesses termos colocando, escapando ao “padrão usual” de citações mais resumidas ou sintéticas que, de acordo com os resultados e os achados científicos alcançados, conduzem a um possível entendimento de que justamente este referido padrão acabou colaborando para uma má interpretação e compreensão da doutrina clássica do júri, seja a de defesa, seja a de oposição, especialmente, auxiliando a proporcionar um embasamento teórico e doutrinário equivocado e condições constitucionais, legislativas e institucionais práticas para que o modelo de Tribunal do Júri em vigor até hoje no Brasil tenha se consagrado em um posicionamento e função política, social e jurisdicional bastante inadequado diante da atual estruturação, organização e funcionamento do Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo, ao que bem parece indicar o vasto esforço de pesquisa e reflexão teórico-científica que procurou-se construir através deste texto dissertativo adiante apresentado.

²⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 3. ed. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1987. p. 208

admite que sua utilidade poderia ser contestada. A instituição do júri, o estudioso mesmo constata, nasceu numa sociedade pouco avançada, onde praticamente se submetiam aos tribunais apenas questões simples de fato; e não é fácil, assinala o doutrinador francês, adaptá-la às necessidades de um povo mais civilizado, em que as relações dos homens entre si se multiplicam singularmente e tomam um caráter de sabedoria e intelectualidade.

Ressalte-se, desde já, que, diversamente da forma que procedem alguns defensores mais fervorosos da instituição do júri que se apropriam de suas ideias, o próprio Alexis de Tocqueville revela-se extremamente consciente dos pontos frágeis e controversos do órgão jurisdicional em análise. Desde este momento, destaque-se, igualmente, essa ambivalência de natureza jurídica e política que caracteriza a referida instituição, procedendo-se, desde então, a uma possível ilação de que é sob seu aspecto político, e numa perspectiva bastante idealizada, que se encontraria, principalmente, a base de argumentação que sustenta a existência e manutenção desse órgão de juízo popular. Retome-se também que o próprio autor ratifica que a instituição não revela suas mais remotas origens em regimes democráticos de organização social e que compreende que o tribunal popular é de duvidosa valia para a administração da justiça, especialmente tratando-se de conflitos em matéria civil, aqueles que, mais usualmente, induzem um cidadão comum a buscar o Poder Judiciário. Seu principal objetivo, em um momento inicial, aponta o teórico²⁹, é vislumbrar o aspecto jurídico do júri.

Quanto ao júri considerado como meio judiciário, ele destaca que, quando os ingleses adotaram a instituição do júri, formavam um povo semibárbaro; desde então, demarca o pensador francês, teriam tornado-se uma das nações mais “esclarecidas” do planeta, e a sua dedicação ao júri parece ter crescido com seus conhecimentos. Saíram do seu território, enuncia ele, e viu-se espalhar-se pelo “universo inteiro”. Mesmo que Alexis de Tocqueville esteja retratando relevante aspecto histórico da evolução política e cultural da Inglaterra, pelos exagerados termos utilizados nas suas últimas alegações, percebe-se que ele parece estar, deve-se admitir, procedendo muito mais a um discurso emocional ou ideológico, do que a uma argumentação científica e realista.

²⁹ *Op.cit., loc.cit.*

O autor³⁰ enuncia seu entendimento de que seria limitar excessivamente o pensamento, encarar o júri apenas como uma instituição judiciária, pois, justifica ele, se é verdade que exerce grande influência sobre o destino dos processos, também é correto, alega o estudioso francês, que exerce um “bem-maior” ainda sobre os princípios destinos da sociedade. O júri é, pois, conclui o doutrinador, antes de tudo, uma instituição política. É neste ponto de vista, prescreve ele, que se deve posicionar alguém para julgá-lo.

Observe-se que possui razão Alexis de Tocqueville ao revelar a dúplici natureza do tribunal popular como instituição política e jurídica, ou jurisdicional, sugira-se, para que se tenha uma visão mais realista e pragmática da instituição. Contudo, compreenda-se que, na maioria das nações, especialmente aquelas inseridas no modelo ideológico e econômico ocidental capitalista, hoje organizadas institucionalmente na forma de Estados Democráticos de Direito, praticamente é possível identificar esse caráter ambivalente em todas as suas instituições ou institutos políticos. Direito e política, reitere-se, caminham lado a lado, numa relação de interdependência e complementação.

O que parece ter escapado à reflexão de Alexis Tocqueville, aos seus cuidados, era o de registrar ou destacar que muito provavelmente, esta influência decisiva do júri para o aprimoramento e desenvolvimento político e cultural de uma nação possivelmente tenha sido uma verdade histórica remota, quiçá, já não tão verdadeira em tempos atuais, inclusive, em países como a Inglaterra e Estados Unidos. O ponto mais questionável, ao menos, nesta parte teórica exposta pelo autor, é que ele parece atribuir tal relevância política fundamental ao órgão colegiado de jurados, sem vislumbrar a possibilidade de mudanças significativas que poderiam vir a ocorrer, na organização jurídica e política de diverso Estados e deixando de admitir que esse papel de excelência política não foi e dificilmente seria alcançada pela instituição do júri, a depender do tipo de sociedade ou nação organizada a que fosse transplantado.

O jurista francês³¹ menciona que entende por júri, certo número de cidadãos, tomados ao acaso e momentaneamente investidos do direito de julgar. Aplicar o júri à repressão dos crimes parecia-lhe o mesmo que introduzir no governo uma instituição eminentemente republicana; a instituição do júri, sugere o publicista francês, pode ser aristocrática ou democrática, conforme a classe de onde são tirados

³⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. 3. ed. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1987. p. 209

³¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. 3. ed. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1987. p. 209

os jurados; mas conservaria sempre, compreende ele, um caráter republicano, posto que situa a direção real da sociedade nas mãos dos governados, ou, refere o juristas, de uma porção dentre eles, e não nas mãos dos governantes. O homem que julga o criminoso é, pois, realmente, defende ele, o “senhor” da sociedade.

Alexis de Tocqueville³² afirma que a instituição do júri coloca o próprio povo, ou pelo menos uma classe de cidadãos, na “cadeira do juiz”. A instituição do júri, por essa razão mesma, explica o autor, põe a direção da sociedade nas mãos do povo ou daquela classe. Na Inglaterra, comenta ele, o júri, ao menos naquele período, era recrutado na porção aristocrática da nação. Nos Estados Unidos, o mesmo sistema seria aplicado ao povo inteiro. Cada cidadão americano era eleitor, elegível e jurado. O sistema do júri, ressalta o doutrinador francês, seria elemento tão direto e tão extremo do dogma da soberania³³ do povo quanto o sufrágio universal. Seriam dois meios igualmente “poderosos” de fazer reinar a maioria, considerava ele.

O júri, retorna a alegar o estudioso³⁴, é antes de tudo uma instituição política; devendo ser considerado uma forma de soberania do povo; é necessário rejeita-lo inteiramente, compreende ele, quando se deseje repelir a soberania do povo, ou colocá-lo em relação com as outras leis que estabelecem tal soberano. O júri, conclui o teórico francês, é a parte da nação encarregada de assegurar e execução das leis, tal como as Câmaras são parcela da nação encarregada de elaborá-las.

Coloque-se, uma vez mais, uma crítica, respeitosa, quanto ao viés acentuadamente idealizado com que o autor estabelece concepções a respeito instituição. Quando o júri é reservado apenas para questões criminais, justamente o que ocorre no caso do sistema brasileiro, compreende Alexis de Tocqueville³⁵, o povo não o vê agir senão à distância, e nos casos particulares; habitua-se, assinala o publicista

³² *Ibidem*, p. 210

³³ A soberania não é um poder, ressalta *Darcy Azambuja*, mas uma qualidade do poder; a qualidade de supremacia definitiva que, esclarece o autor, num domínio determinado, pertence ao poder. Nesse sentido, alega o estudioso, pode-se considerar que não apenas o Estado possui a soberania, mas também outras sociedades, dentro do domínio que lhes é próprio, como, por exemplo, a Igreja nos assuntos espirituais. Não sendo um poder, e sim uma qualidade do poder, firma entendimento o doutrinador brasileiro, a soberania em si mesma não possui e nem pode possuir titular; não é suscetível de ser propriedade de ninguém, reforça o acadêmico. O poder do Estado é soberano porque o Estado é uma das mais vastas e nobre associações, leciona *Darcy Azambuja*. É das mais vastas, justifica o autor, porque abrange outras, e das mais nobres porque os seus objetivos são os interesses gerais de todas as outras e dos indivíduos, tomados individualmente. Porém, a força por si só não completa e, sobretudo, destaca o teórico, não justifica a soberania. (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 42. ed. São Paulo: Editora Globo S.A., 2001. p. 78 e 79)

³⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. 3. ed. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1987. p. 210

³⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. 3. ed. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1987. p. 210 e 211

francês, a passar sem eles, no curso ordinário da vida, e o considera como um meio, e não como o único meio, de obter justiça.

Quando, pelo contrário, alega o autor, o júri³⁶ se estende aos assuntos civis, a sua aplicação pode ser vista a cada instante: então, aponta o especialista, ele toca a todos os interesses, cada um vai concorrer para a sua ação; assim, ele penetra nos costumes da vida, curva o espírito humano às suas formas e confunde-se, por assim dizer, com a própria ideia de justiça. Nesta parte, o autor reitera a ideia já registrada de que a função política do júri resta enormemente prejudicada quando este exercita apenas jurisdição em matéria criminal, tendo em conta que a matéria civil é a que qualitativamente e quantitativamente está na base dos principais conflitos sociais cotidianos. Desse modo, o viés educacional do Tribunal Popular será muito mais eficaz, quanto mais tratar de situações comuns ou rotineiras dos cidadãos.

O júri, sugere Alexis de Tocqueville³⁷, ensina ao homem a prática da equidade. O júri ensina a cada homem a não recuar ante a responsabilidade de seus próprios atos. Reveste cada cidadão de uma espécie de magistratura, diz o autor. O júri, opina o estudioso, presta-se de maneira “inacreditável” para formar o discernimento e aumenta o “esclarecimento natural” do povo. Creio, alega o jurista francês, que se deve atribuir principalmente à inteligência prática e ao bom-senso político dos americanos o longo uso que fizeram do júri, em matéria civil.

Concorda-se que, em tese, o raciocínio estabelecido por Alexis de Tocqueville faça sentido, todavia repete-se aqui a respeitosa crítica no que concerne a um possível excesso de valoração de seu viés político, a ponto de alegar que esta seria uma universalidade de mesmo alcance que atinge, por exemplo, a questão do sufrágio universal. Avaliar a efetividade do tribunal popular como instrumento de educação política e social é tarefa que exige uma análise caso a caso. Se esta foi uma realidade na sociedade norte-americana e ainda for, que assim seja preservada no respectivo sistema jurídico.

Além disso, convida-se a fazer um exercício de reflexão, numa tentativa de sopesar se realmente revelara-se o júri como uma das principais instituições jurídico-políticas que contribuíram para o aprimoramento da sólida cultura americana ou, pelo contrário, uma qualificada base cultural norte-americana é que possibilitou ao júri bem

³⁶ *Ibidem*, p. 211

³⁷ *Op.cit.*, *loc.cit.*

desempenhar seu papel naquele país. Alexis de Tocqueville³⁸ sugere que é nos processos criminais, em que a sociedade “luta” contra um homem, que o júri é levado a ver no juiz o instrumento passivo do poder social, e desconfia dos seus conselhos. Ademais, compreende o autor, os processos criminais repousam inteiramente sobre fatos simples, que o bom-senso consegue facilmente apreciar. Neste particular, o juiz e o jurado estão em pé de igualdade.

Neste ponto, revela-se pertinente serem feitas duas ressalvas ao que menciona o respeitável jurista francês: a primeira é a de que não necessariamente as pessoas confiem mais no colegiado de jurados do que no juiz profissional; a segunda, advertir para o fato de que crimes não são necessariamente representações de “fatos simples” e que a sua correta identificação requer também domínio de conhecimento jurídico; portanto, deve-se relativizar esse pretense “pé de igualdade” que Alexis de Tocqueville alega existir entre um magistrado de carreira e um jurado escolhido, ao acaso, por meio de sorteio.

O publicista francês sustenta que o mesmo não sucederia nos processos civis. O juiz, em matéria civil, argumenta o estudioso, apareceria, então, como um árbitro desinteressado, entre as “paixões dos partidos”. Nos processos civis, alega o jurista, todas as vezes, pelo menos, que não se trata de questões de fato, o júri possuiria apenas a aparência de um corpo judiciário. Os jurados pronunciam a decisão que o juiz prolatou. Empréstam a essa decisão a autoridade da sociedade que representam, e ele, a da razão e da lei.

Uma vez mais, chama-se atenção para o fato de que, especialmente no Brasil, ainda que o juízo seja de matéria de direito privado, as desconfianças quanto ao que pensam e decidem os juízes togados é a mesma ou até maior do que aquelas tidas contra os juízos de matéria criminal. Na Inglaterra e na América, verifica o autor³⁹, os juízes exerceram, naquele período, ao menos, sobre a sorte dos processos criminais uma influência que o juiz francês jamais exercera. O magistrado inglês ou americano, indica o especialista, estabeleceu o seu poder em matéria civil, e nada mais fez, compara o doutrinador, senão exercer depois, noutra “palco”.

De modo nenhum, alega o autor, ele a adquire no momento. Alexis de Tocqueville refere, então, que o juiz profissional encontra-se momentaneamente, na

³⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. 3. ed. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1987. p. 212

³⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. 3. ed. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1987. p. 212

posição que habitualmente se encontra o juiz francês; porém, ressalva o autor, o seu poder moral é muito maior: as lembranças do júri o acompanham ainda, e a sua voz tem quase tanto poder quanto a da sociedade das quais o jurado eram o órgão. A sua influência, alega o teórico francês, estende-se mesmo muito além do recinto dos tribunais. O juiz norte-americano reencontra constantemente a sua volta homens que se habituaram a ver na sua inteligência algo superior a deles; e, depois de se ter exercitado no processo, o seu poder faz sentir-se sobre todos os atos de espírito e até sobre a própria alma daqueles que concorreram com ele para julgá-los.

O doutrinador compreende que o júri, que parece diminuir os direitos da magistratura, na verdade, contribui para fortalecer suas bases, pois, ao seu domínio, e não há sequer um país em que os juízes sejam tão poderosos como aqueles onde o povo entra em partilha dos seus privilégios. Difícil não identificar nas considerações e ideias feitas pelo autor, ou, pelo menos, tomando-se a forma como foram colocadas, um viés ideológico muito forte. Alexis de Tocqueville⁴⁰ afirma que, é sobretudo com o auxílio do júri em matéria civil que a magistratura americana faz penetrar aquilo a que ele denomina de “espírito jurista” até as camadas mais basilares da sociedade. Destarte o júri, que é o meio mais enérgico de fazer reinar o povo, é também o meio mais eficaz de ensina-lo a reinar.

Thomas McIntyre Cooley é outro autor de origem norte-americana que é usualmente apontado como teórico-base entre aqueles que arguem em favor da existência e manutenção do órgão de juízo criminal popular. O jurista norte-americano⁴¹ afirma que o tribunal é órgão de decisão da lei e os jurados são os julgadores dos fatos. Ou seja, o estudioso tenta sustentar a combatida tese de que existiria uma separação estanque entre questões de fato e de direito.

O júri, registra e compactua o doutrinador norte-americano⁴², teria o poder legal de desobedecer as regulamentações em matéria de lei, e de prestar um veredicto que estas regulamentações possam assegurar e fundamentar. Em outros termos, o próprio jurista confirma a crítica posta de que os juízes leigos usualmente desrespeitam ou ignoram as leis. Em períodos contemporâneos, especialmente, em que a maioria das nações se organiza na forma básica de um Estado de Direito, ao menos, considerando o

⁴⁰ *Ibidem*, p. 212 e 213

⁴¹ COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional law in the united states of America*. Boston: Little, Brown and Company, 1880. p. 239

⁴² COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional law in the united states of America*. Boston: Little, Brown and Company, 1880. p. 239

modo como se expressou o autor, parece representar uma gravíssima concessão que coloca em perigo a manutenção de uma ordem estatal, contribuindo perigosamente para que se estabeleça uma desordem e um difícil convívio entre os cidadãos.

Uma coisa é admitir-se que normas, pelas suas próprias falhas genéticas e pelas lacunas normativas que restam consubstanciadas, ou em um caso de ponderação de princípios, possam até deixar de ser aplicadas, em casos particulares; outra, é partir do pressuposto de que o júri, por ser um colegiado composto pelos próprios cidadãos, representantes da soberania do povo, possa de forma aberta e quase livre ignorar a lei e demais regulamentos postos para emitir a decisão da maneira que melhor lhe aprouver. O mais curioso é que, ao menos, da forma como foi colocada a afirmação mencionada, deixa a entender que uma lei, quiçá, uma lei ordinária, autorizaria que um órgão colegiado, ainda que de cidadãos soberanos, pudesse passar por cima de todo um sistema jurídico-legal, incluindo-se regras e princípios constitucionais.

Respeitosamente asseverando-se, parece ter esquecido o doutrinador de relativizar que, no caso concreto, o poder representado pode ser muito mais útil na proteção do bem comum. Seja uma Constituição, sejam leis ordinárias, todas provêm do Poder Legislativo que, em tese, também está legitimamente colocado dentro do poder maior, que é o do Estado em seu conjunto. Ainda que o autor fale de dois países inseridos num contexto de *common law*, em que a força dos precedentes, dos costumes, é tão ou mais significativa que a do sistema jurídico positivado; mesmo frente a esta constatação, temeroso admitir-se que a decisão de um órgão colegiado de juízes leigos possa consubstanciar-se de tal modo.

Thomas McIntyre Cooley⁴³, em outra de suas obras, versando sobre as proteções constitucionais à liberdade pessoal do cidadão, considera que um júri de julgamento é um corpo de doze homens, que são juramentados para julgar os fatos do caso, da forma como estes são apresentados diante deles. Qualquer número de jurados menor que doze, alega o autor, não seria um júri de *common law* e nem um júri como a Constituição garante às partes acusadas.

Perceba-se que, desde o início, o autor demonstra que sua concepção, de alguma maneira, está atada a padrões mais primitivos de um tribunal popular, por assim dizer, que confundem, de forma inadequada política com religião. A fixação do número doze muito provavelmente provenha da ideia dos primeiros júris, em que se compreendia

⁴³ COOLEY, Thomas McIntyre. *Treatise on the constitutional limitations*. 2.ed. Boston: Little, Brown, and company. 1871. p. 319

que, por meio dos jurados, Deus daria uma sentença mais justa, sendo o número doze uma alusão ao número de apóstolos de Jesus Cristo. Que valores positivos e voltados ao bem comum da religião, independente de credo que se esteja referenciando, possam influenciar na formação das leis e da administração do Estado não é problema, até porque é uma interação inevitável e deve preferencialmente ocorrer de modo equilibrado e sadio.

O problema surge quando se fecha determinada questão ou se extrapolam certos limites em nome de suas crenças e convicções religiosas e culturais mais profundas. A fragilidade no caso de um julgamento pelo júri de menos que doze, alega o estudioso⁴⁴, seria de que o tribunal seria um desconhecido para a lei, criado meramente por ato voluntário das partes e seria, com efeito, um atentado submeter uma espécie de arbitragem a questão se o acusado foi culpado ou não de uma ofensa contra o Estado. Mas nestes casos que anteriormente não eram passíveis de julgamento pelo júri, se o Poder Legislativo previsse tal possibilidade de julgamento agora, pondera o teórico⁴⁵, eles poderiam sem dúvida criar para esse fim uma Corte de justiça, composta de qualquer número de pessoas, e nenhum problema de Direito Constitucional poderia surgir.

Os componentes do júri, recomenda o doutrinador norte-americano⁴⁶, devem ser recrutados da vizinhança em que o crime teria supostamente ocorrido; e o acusado teria, assim, o benefício de, no seu julgamento, valer-se de sua boa reputação, permanecendo entre seus vizinhos, se o apreço deles tiver preservado; e também viabilizaria aos jurados melhor avaliar quais as reais intenções daquelas testemunhas que se apresentassem para depor contra o acusado.

A regulamentação brasileira do Tribunal do Júri não só não adota este critério de vizinhança, ainda que recrute os jurados na mesma comarca em que ocorreu o delito, como também a sugestão do jurista norte-americano não possui caráter de validade absoluto, pois, muitas vezes, o distanciamento é necessário para que se proceda a melhor avaliação de uma determinada situação. Vizinhos, mesmo que, de alguma forma detenham melhor conhecimento de alguns fatos e de outras informações relevantes, serão sempre pessoas fortemente envolvidas pela emoção do caso e carregada de pré-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 319 e 320

⁴⁵ COOLEY, Thomas McIntyre. *Treatise on the constitutional limitations*. 2.ed. Boston: Little, Brown, and company. 1871. p. 320

⁴⁶ *Op.cit.*, *loc.cit.*

compreensões a respeito não só do episódio ocorrido, como também das próprias pessoas envolvidas, com as quais convivem cotidianamente.

O júri deve unanimemente concordar no veredicto, adverte o jurista norte-americano⁴⁷. Outra regra que especialmente o sistema do júri brasileiro não adota. O quanto os jurados estão para fazer juízo de direito assim como dos fatos, é uma discussão da qual nós não nos propomos a entrar, dispensa o debate o publicista norte-americano⁴⁸. O motivo exato pelo qual o doutrinador norte-americano se recusou a entrar neste debate, na obra especificamente aqui consultada, é difícil de apreender.

Se de alguma maneira foi efetivamente uma fuga do autor a respeito de algo que ele próprio tem dúvidas a respeito do júri, difícil não compreender que se trataria de uma postura que não favorece a força prática e teórica de sua própria concepção ou modelo de instituição do júri. Onde um veredicto é dessa forma concebido, os jurados necessariamente determinam em sua própria consciência qual a lei do caso é⁴⁹; e se a determinação deles é favorável ao prisioneiro, nenhum modo é conhecido para a lei em que isto possa ser revisto ou revertido. Novamente, ainda que se compreenda o contexto histórico do autor, o certo é que ocorreram significativas modificações na estrutural estatal e no sistema jurídico de diversas nações que já não comportam que um determinado tipo de decisão judicial possa ser dotado de tal força.

Perigoso parece, por mais que se confie na instituição do júri, na sabedoria dos seus membros, cidadãos soberanos, defender a idéia de que em nenhum caso a sua decisão poderia ser contestada; aliás, algo que não ocorre nem no sistema brasileiro; o que por sinal afetaria gravemente os princípios da ampla defesa, contraditório e até mesmo, por reflexo, o da liberdade individual, que a parte da doutrina do júri analisada alega ser o principal objeto de proteção do órgão jurisdicional popular; algo que dificilmente se poderá defender no contexto atual diante do desenvolvimento jurídico e especializado, e mais especialmente ainda diante do grande aprimoramento que sofreu o sistema de habeas corpus⁵⁰. Parece bastante razoável dizer que o júri na atualidade

⁴⁷ COOLEY, Thomas McIntyre. *Treatise on the constitutional limitations*. 2.ed. Boston: Little, Brown, and company. 1871. p. 320

⁴⁸ *Ibidem*, p. 321

⁴⁹ *Op.cit.*, *loc.cit.*

⁵⁰ Para sustentar, mesmo que não exatamente em idênticos termos, remete-se o leitor ao que leciona *Pontes de Miranda* sobre a grandeza, eficácia e vigência do instituto do Habeas Corpus: “Ao terem de julgar, afinal, devem ter presente ao espírito que o habeas corpus é a pedra de toque das civilizações superiores, um dos poucos direitos, pretensões, ações e remédios com que se sobrepõem aos séculos passados, mal saídos da Idade Média e dos absolutismos dos reis, os séculos da civilização liberal democrática, nos países em que ela logrou se firmar. Fazer respeitada a liberdade física é um dos meios de servir e sustentar essa civilização, a que todos os homens, de todos os recantos da Terra, se destinam,

funcionaria mais como uma forma de assegurar o direito do cidadão de participação direta na administração da justiça, do que o direito de liberdade individual.

*Emmanuel Joseph Sieyès*⁵¹ é jurista francês que também é citado usualmente como um dos teóricos de base da doutrina favorável ao Tribunal do Júri. Na Inglaterra, comenta o autor, naquele período, existiria evidentemente uma lei que valia mais que a Constituição. Estava se referindo, esclarecera ele, ao julgamento por jurados, verdadeira garantia da liberdade individual na Inglaterra e em todos os países do mundo onde se aspirava à liberdade. Esse método de administrar a justiça, compreendia ele, era o único, naquela época, que poderia proteger dos abusos do Poder Judiciário, tão frequentes e tão temíveis em todas as partes em que não se era julgado pelos seus pares.

Compreende-se o contexto ao qual se refere o autor, entretanto, entende-se que se deve ter cuidado ao transplantar suas colocações para o tempo presente, quando estão constituídos Estados de Direito dotados de um leque bem mais ampliado de garantias individuais, sociais e institucionais. Sustentar uma teoria com base numa alegação que diz que um único órgão, ainda que seja de participação direta dos cidadãos, possa “passar por cima” da Constituição⁵², do Poder Constituinte, o mais essencial de todos, fundante de uma ordem estatal se revela extremamente preocupante. Uma coisa é realizar um rompimento, uma quebra para instituir uma nova ordem; outra é começar a constituir inúmeras possibilidades de exceção, seja para que fim for, isoladamente a determinados órgãos, sob pena de ir consubstanciando-se um desequilíbrio indesejado para o sistema.

Mesmo no contexto da época, acredita-se, revelar-se-ia extremamente perigoso estabelecer hipóteses que de forma tão evidente autorizem aos cidadãos ou agentes públicos sobrepuem-se a um conjunto de mandamentos constitucionais.

sem ser certo de que todos a logrem. Os que não a lograrem desaparecerão.” (MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 332-333)

⁵¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. Que é o terceiro estado?* 3. ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 1997. p. 88

⁵² Ainda que a teoria de *Hans Kelsen* não seja uma teoria de hierarquização e sistematização completamente hermética no que diz respeito às possibilidades de interpretação e aplicação de normas, certo é que, mais especificamente, sobre a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito, o professor austríaco entende que a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, a exemplo da relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: em outros termos, registra o autor, a norma de escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma de escalão inferior, ou o ato de execução, quando apenas deste se trata; ela determina, detalha o professor austríaco, não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas igual e eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a ser efetivado. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior) p. 245 e 246)

Em termos conclusivos, vistas as concepções e ideias assentadas por tais doutrinadores estrangeiros do júri que, até os dias contemporâneos, podem ser eventualmente referenciadas por aqueles que defendem de forma mais incisiva a manutenção da instituição do júri, sobretudo, numa configuração tão tradicional como sucede no caso do sistema político brasileiro, verifica-se que, muitas vezes, suas proposições e teorias são transpostas de forma bastante superficial, tentando-se fazer uma abstração tão excessiva, ignorando-se a questão de quais contextos políticos e sociais podem efetivamente ser aplicadas.

Da mesma forma, ainda que se respeite e encontre razão em diversos pontos colocados por estes autores, que não se negue a grande contribuição que eles possam ter dado ao pensamento filosófico e político da humanidade, ao desenvolvimento político e jurídico concreto de diversas nações, a verdade é que suas teorias não são inquestionáveis e, desde sua base, encontram inconsistências internas e nas partes de seus textos verificados não pareciam ter um cuidado maior de relativização no tocante a que tipo de sociedades as verdades por eles estabelecidas poderiam referir-se.

Rui Barbosa⁵³, ao seu turno, alega que, se o júri, de que já se encontra prefiguração longínqua nos *judices* romanos⁵⁴, senão nos *dicastas* gregos, e nos *centeni comites* dos primitivos germanos “imortalizados” por Tacitus, autorizando historiadores e entusiastas seus a gabarem-no de medir o curso da civilização; se o júri, diz o autor, associado, na investigação de suas origens históricas⁵⁵, ora aos teutões, ora aos eslavos,

⁵³ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 147 e 148

⁵⁴ Rogério Lauria Tucci é contraponto ao que alega Ruy Barbosa, pois, na sua perspectiva, é o Júri romano, sim, o padrão de maior referência para os dias atuais. Entre todos os estudiosos alcançados, aparentemente, foi aquele logrou expor, de forma mais clara, mais precisa, mais ordenada, por assim dizer, os distintos e os principais modelos de tribunal popular que foram possíveis de ser identificados pela doutrina disponível no cenário histórico internacional. Especialmente, por ser o estudioso que, de forma mais protagonista, aponta que na civilização romana antiga encontrar-se-ia a mais peculiar formatação do júri inicialmente adotada no continente europeu, depois retransmitida aos territórios por tais nações colonizadas como foi o caso do Brasil. (TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999) Sobre o histórico do Tribunal do Júri, Paulo Rangel leciona: “O tribunal do júri, diferente do que se possa pensar e afirmar, não nasceu na Inglaterra, propriamente dito. Sua origem é discutida entre os autores, já sendo conhecido dos povos antigos, embora com outra formação.” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 604) Não obstante, o autor identifica que o Júri brasileiro teria sido mais diretamente do modelo inglês, por conta da condição de colônia de Portugal: “Que fique claro: o júri não nasceu na Inglaterra, mas o júri que conhecemos hoje, no Brasil, é de origem inglesa em decorrência da própria aliança que Portugal sempre teve com a Inglaterra, em especial, depois da guerra travada por Napoleão na Europa, em princípios do Século XIX, contra a Coroa inglesa, com consequências para o reino português, porém, terminando com a derrota de Napoleão, em 1814.” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 604)

⁵⁵ Carlos Maximiliano, a sua vez, considera que as origens do instituto são vagas e indefinidas, “perdem-se na noite dos tempos”. Coloca que parece provir o tribunal do “inquisitivo primitiva”, que substituiu os

já aos normandos, já aos dinamarqueses, recebera seus primeiros traços de sua forma definitiva no solo britânico, após a conquista normanda, sob o reinado de Henrique II⁵⁶,

processos contraproducentes do duelo judiciário, ordálias (prova da água e do fogo) e conjuração (juramento prestado em juízo pelos seus litigantes e seus pais, vizinhos e amigos). Funcionaria, portanto, compreende o autor, mais como um meio de apurar a verdade do que como uma forma de julgamento, esclarece ele: o magistrado escolhia de dez a vinte e quatro pessoas para deporem após deliberação em conjunto. Existia, constata Carlos Maximiliano, desde o princípio, o direito de recusa e a incomunicabilidade. O juiz, relata o estudioso, podia pronunciar-se de acordo com a decisão a ele transmitida por um jurado eleito pelos outros para esse fim, ou afastar-se dela. Assim se procedia, assinala o especialista, sob o domínio normando, na Inglaterra, substituído o nome de inquisitivo pelo de *recognitio* e *assisa*. O constitucionalista anota, então, que seguiu-se a *jurata*, embrião do júri moderno, entende ele. Exigia-se, descreve o autor, ao menos para a condenação, a unanimidade dos votos: por haver o juiz Cadwine imposto a pena capital a um réu baseado em *verdictum* da maioria dos jurados, ao saber da execução do Rei Alfredo o Grande mandou enforcar o magistrado, relata o pesquisador brasileiro. A Magna Carta, aponta Carlos Maximiliano, firmou o princípio do julgamento criminal do cidadão pelos seus pares. Coexistiram, entretanto, verifica ele, lado a lado e por muito tempo ainda, o júri de acusação e o de julgamento; servindo o primeiro, esclarece o estudioso, de processo preparatório para o segundo. Da Inglaterra, onde o tribunal popular atingiu ao seu pleno desenvolvimento no século XVII, passou ele para o continente europeu e para a América, narra o doutrinador. Os legisladores dos Estados Unidos, anota Carlos Maximiliano, no texto da Constituição e em emendas posteriores, fixaram a competência daquele pretório. Entretanto, ressalva ele, apesar dos termos precisos do estatuto supremo, leis regionais excluíram do júri os réus de pequenos delitos; conservaram aquele sistema de julgamento para as causas civis. Na América do Norte, como na Inglaterra, registra o jurista, naquele tempo, eram condenados pelo juiz togado os acusados que não protestam a própria inocência. (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918. p. 754 e 755)

⁵⁶ Ferreira Pinto leciona que a instituição do júri seria proveniente da Inglaterra, com Henrique II e a Magna Carta de 1215, estendendo-se daí, logo depois, ao restante do mundo. A Declaração da Pensilvânia de 1776 (art. 11), mencionava ele, dera reconhecimento ao Tribunal Popular. Da mesma maneira, observava o autor, a Constituição norte-americana de 1787 (Seção II, art. III) preceituara que teriam lugar perante o júri todos os juízos criminais, exceto os de responsabilidade oficial; e se verificariam tais juízos, esclarece ele, no Estado onde houvesse ocorrido o delito; entretanto, detalha o jurista brasileiro, se não fossem cometidos dentro da jurisdição de algum Estado, teriam sede no local ou locais que o Congresso por lei fixasse. Comenta ainda que as reivindicações liberais da Revolução Francesa teriam postulado pela instituição do júri, que restara estabelecido na Constituição francesa de 1791, no capítulo V, art. 9º, prescrevendo que, indicava o doutrinador, em matéria criminal, nenhum cidadão poderia ser julgado se não fosse por meio de uma acusação recebida por jurados, ou decretada pelo “Corpo Legislativo”, nos casos em que lhe competisse proceder à acusação; depois de admitida a acusação, explica ele, o fato seria reconhecido e declarado pelos jurados; o acusado, destacava o estudioso, teria o direito de recusar até vinte pessoas, sem necessidade de expressa justificativa; os jurados que avaliariam o fato ocorrido não poderiam ser em número superior a doze; a aplicação da lei, especifica Pinto Ferreira, seria pelos juízes; a instrução, registra o autor, era pública e não era possível recusar aos acusados a proteção de um

“Conselho de Defesa”; todo homem absolvido por um júri legalmente constituído não poderia mais ser questionado, nem acusado em razão do mesmo fato. O júri, naquele período, verificava o constitucionalista brasileiro, era um tribunal popular, constituído de um juiz de direito, que era o seu presidente, e de vinte e um jurados, sorteados dentre cidadãos existentes no alistamento eleitoral do Município, formando-se o Conselho de Sentença, em cada sessão de julgamento, cabendo-lhe apreciar a matéria de fato dos delitos sob sua jurisdição, restando a parte jurídica do *verdicto* ao presidente. A lei, menciona o estudioso, organizava o júri e assegurava-lhes os seguintes princípios: sigilo da votação, plenitude de defesa, soberania dos *verdictos* e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Ferreira Pinto faz referência ainda que Black (Jury, in Black’s law dictionary) conceituava o júri como um certo número de homens e mulheres escolhidos de acordo com a lei e jurados (*jurati*) para inquirição de certas matérias de fato e declarar a verdade de acordo com a prova que lhes é apresentada. O direito norte-americano, expõe o doutrinador brasileiro, conheceu várias espécies de júri: *grand jury*, *petit jury*, *common jury*, *special jury*, *coroner’s jury*, *sheriff jury*. (PINTO, Ferreira. *Comentários à constituição brasileira*. vol. 1. Arts. 1 a 21. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p. 155 a 156)

extinguindo-se na França⁵⁷, de onde fora transplantado nos seus mais “grosseiros” rudimentos com as Capitulares, na média idade inglesa, é que ele revestiu a imagem, sob a qual a era moderna o adotou. Contudo, é contemporâneo o momento de sua culminação jurídica, o período da sua universalidade, a época da generalização dos seus benefícios a “toda parte culta da espécie humana”.

Perceba-se que, da mesma maneira que alguns estudiosos acusem a doutrina de oposição do júri de excessivamente ideologizada e cientificista, conforme a utilização de expressões e colocações enfáticas das quais fazem uso, Rui Barbosa, sugere-se, também não conseguira, talvez, aperceber-se que também seu discurso estava nesse sentido prejudicado. Esta última expressão do estudioso, por exemplo, destacada entre aspas, auxilia bastante a ratificar a crítica respeitosa que aqui se trata de dirigir ao referido autor.

Antes de passar das Ilhas Britânicas ao Continente, prossegue Rui Barbosa⁵⁸ em seu relato histórico, a velha inspiração do “gênio legista” dos anglo saxônios estabelecera a sua segunda pátria no solo americano. O júri, comenta ele, foi uma das instituições mais antigas das colônias inglesas na América do Norte. Já o consagrava formalmente a carta-régia, outorgada ao primeiro grupo de emigrantes que da Inglaterra veio “civilizar” aquelas paragens. A patente dada, em 1629, relata o doutrinador, aos colonos de Plymouth, os “pais” da América atual, assegurava-lhes entre as “livres liberdades” do livre povo inglês, “santificadas” quase na mesma linguagem da Magna

⁵⁷ *Heleno Fragoso*, diferentemente de Ruy Barbosa, remete à França as origens mais precisas do modelo moderno de Júri: “Muitos crêem que a instituição de jurados remonta ao processo penal romano, com o sistema das quaestiones, não faltando os que procuram reconhecê-la nos heliastas gregos. Tais antecedentes, porém, nada têm a ver com o Júri moderno, pois são apenas formas de participação do povo nos julgamentos, as quais se explicam pela deficiência do aparelho judiciário, constituindo manifestações primitivas da administração da justiça. O desenvolvimento histórico do Júri, como hoje conhecemos, encontra seu termo inicial no procedimento inquisitório que era praticado na França, na época carolíngia. Homens justos e dignos deveriam, sob juramento, dar notícia aos juízes ambulantes do soberano francês do que havia ocorrido no distrito desde a sua última viagem: os primeiros jurados eram, assim, denunciadores no processo criminal e testemunhas no processo civil. O sistema da inquisitivo passou à Inglaterra com a invasão normanda, onde evoluiu consideravelmente. A princípio, a acusação feita ao réu, sob juramento, era julgada pelo sistema das ordálias (prova da água fervente, da água fria, duelo judiciário). O Júri de acusação parece ter sido estabelecido por Henrique II, duque da Normândia, em 1164 (“Constitution of Clarendon”, 10 Hon. II). Com a abolição das ordálias, pelo Concílio de Latrão, em 1215, todas as acusações passaram a ser julgadas pelo mesmo Júri de acusação, acrescido de novos membros. Rapidamente, porém, distinguiu-se o Júri de acusação do Júri de julgamento, sendo este constituído pelos novos membros que se acrescia ao primeiro Júri. Esta distinção, que já havia penetrado na prática judiciária, foi estabelecida por lei, em 1352, instituindo, assim, o sistema de dois juris. Posteriormente, já no século XVI, os jurados de acusação passaram a distinguir-se das testemunhas.”

(FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em:

http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p. 20)

⁵⁸ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 148 e 149

Carta quatro séculos antes, o julgamento pelo júri. Já então, verifica o jurista brasileiro, se reputava, entre americanos, uma das leis fundamentais.

Todos os núcleos de população europeias acrescentes ao primitivo, no Massachusetts, em Connecticut, em Nova Iorque, enuncia ele, “selavam a inauguração da sua existência debaixo deste céu” com a declaração dessa garantia. Só uma exceção se abriu, a princípio, em New Haven, revela o publicista brasileiro, em New Haven. Mas já nesta pequena circunstância, aliás, passageira, ressalta ele, se poderia observar a “relação invariável em toda parte”, entre o júri e a liberdade; porque essa derrogação à generalidade americana, esclarece ele, tinha a sua causa na feição teocrática, de que se revestia ali a sociedade colonial; prescindiu-se do júri, leciona o acadêmico, em razão de não se lhe encontrar apoio nas leis de Moisés⁵⁹. Mediante a Constituição da Virgínia adotada pela assembleia da colônia em 1621 e imitada, ao depois, como padrão comum pelas demais províncias reais, o sistema de governo representativo, com o processo do júri, adquiriu foros de direito reconhecido em o novo hemisfério; de modo que, afirma Rui Barbosa, muito antes de constituírem nação independente, o julgamento geral de todas as causas pelo júri se achava tão “universalmente” estabelecido nas colônias como na metrópole.

Não se revela como proposta deste trabalho, de alguma forma, ignorar ou subestimar o conhecimento histórico do autor a respeito da história da instituição do júri, especialmente no que diz respeito ao seu surgimento e desenvolvimento no contexto anglo-saxão de tempos mais remotos. O que, de modo respeitoso, deseja-se chamar a atenção, e, novamente, fazendo uso do recurso do sinal de aspas para destacar algumas expressões e colocações das quais o autor lança mão, é o elevado aspecto emocional que parece permear sua argumentação - não que isso deva ser algo totalmente proibido, pois é inerente ao ser humano, por mais cuidados técnicos que

⁵⁹ Sobre as leis de Moisés, leciona *Rogério Lauria Tucci*, ainda que subordinado o magistrado ao sacerdote, foram, na Antiguidade, as primeiras que interessaram os cidadãos nos julgamentos dos tribunais. Muito, antes, portanto, ressalta o teórico, de, na Grécia antiga, ser chamado o povo para decidir todas as grandes questões judiciárias, em plena praça pública, no exercício da justiça ateniense, antes da constituição desse tribunal, que era composto de cidadãos escolhidos entre os que todos os anos a sorte designava para julgarem coletivamente ou divididos em seções, muito antes, sublinha Rogério Lauria Tucci, da existência desses juízes populares, aos quais como requisitos, eram apenas exigidos a idade de trinta anos, reputação ilibada e quitação plena com o tesouro público; muito antes do aparecimento desse tribunal de pares, aponta o autor, já o Deuteronômio, o Êxodo, o Levítico e os Números, na “formosa” e “simplice”, assim qualifica ele, linguagem do direito mosaico, já faziam menção do Tribunal Ordinário, do Conselho dos Anciãos e do Grande Conselho. Na velha legislação mosaica, coloca o estudioso, é que se poderá encontrar o fundamento e a origem da instituição do júri. (TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 13 e ss.)

procure empregar - e sua visão, aparentemente, substancialmente idealizada do modelo de instituição de júri anglo-saxão cuja análise é válida muito mais para o contexto dos seus países de origem, Inglaterra e Estados Unidos e não para o contexto de realidades sociais e políticas inseridas, de modo predominante, no âmbito do sistema de civil law.

Em outros termos, as expressões poéticas do estudioso brasileiro, dessa forma colocando, parecem muito interessantes e adequados a um relato histórico de celebração política e ideológica, do que aquele que, compreende-se, desejar-se-ia de uma perspectiva mais técnica e científica, de uma análise mais objetiva e crítica do objeto que está sendo analisado.

Prezavam-no os colonos ingleses como uma das suas instituições mais caras, destaca Rui Barbosa⁶⁰. Era um direito “ingêntio” aos americanos, a sua “primogenitura”, o seu “patrimônio hereditário”, “their birthright”, enaltece o jurista brasileiro. Encaravam-no como “a parte mais preciosa da sua herança”. E, quando se separaram da mãe pátria, comenta o publicista, um dos “agravos trovejados” pelo Congresso Continental aos “ouvidos do mundo”, com afronta suficiente para justificar a revolta, foi o de que o governo de Jorge III os privara, detalha o estudioso brasileiro, em muitos casos, do benefício do júri. São palavras da Declaração de Independência, referia Rui Barbosa, no sentido de comprovar de que em consistentes bases estaria sustentada sua alegação.

Rui Barbosa prossegue seu relato histórico⁶¹, mencionando que um panfleto, publicado ao tempo dos debates sobre a Constituição americana, alegava que a instituição do júri caminhava para a sua ruína “tentado por algum espírito maligno”, aquele que, em oposição ao “gênio” dos Estados Unidos, se atrever ao pensamento de subvertê-lo. Deste “privilégio” os americanos nunca se despiram, enuncia o autor brasileiro, referindo a afirmação de John Maclay, por este posta quando escrevia o diário do primeiro senado, em que se sentaram os representantes da União constituída. A Constituição americana, portanto, conclui o publicista brasileiro, não poderia deixar de consagrá-lo nos mais “solenes” termos, sem incorrer na “mais irresponsável censura”. Ter-se-iam “coberto de infâmia” os autores daquele famoso documento, se não sigilassem as suas conquistas com essa garantia.

⁶⁰ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 150

⁶¹ *Ibidem*, p. 150 e 151

Uma vez mais ressalte-se que, pelos termos e expressões utilizados pelo autor, difícil encontrar uma análise mais técnica e científica do tema. O tom exaltado de elogio à instituição é uma constante e dificilmente relativizado. O autor realiza reiteradamente uma celebração do espírito político liberal dos independentistas norte-americanos, sem uma indicação qualquer dos verdadeiros interesses de poder político e econômico que provavelmente tenham movido também o movimento de independência dos Estados Unidos. Perceba-se que o autor faz uma menção muito vaga de um panfleto, um simples panfleto, que sem maiores especificações de quem seriam seus autores e da ideologia defendida por eles. É uma menção, de um ponto de vista teórico e científico, pode-se sugerir, de frágil consistência ou substancialidade.

Rui Barbosa⁶², ainda relatando o transcurso da história norte-americana, comenta que, todavia, como no pacto americano a instituição do júri se circunscrevia aos litígios de natureza federal, as constituições dos Estados à porfia, assinala ele, reafirmando a legislação preexistente, “capricharam” todas em acautelar com as definições mais precisas o antigo Direito, cuja “santidade” não concebiam os americanos em seu país “tirania” capaz de violar. E não se enganava a geração, que dotou o tribunal popular com a lei constitucional, argumenta o acadêmico brasileiro⁶³.

Quando oitenta anos mais tarde, acesos ainda os ódios da luta, relata ele, que conflagrara a nação na “mais tremenda guerra civil que a história conhece”, três cidadãos americanos se viram condenados à forca por uma comissão militar, a suprema corte, então, registra o doutrinador, em uma sentença unânime, os salvou, afirmando a inviolabilidade do direito ao júri, não obstante a pressão do sentimento geral que se pronunciava pela morte dos condenados; e, “curadas as chagas da campanha fratricida”, a “oração” do advogado, que ousara arrostar a impopularidade da causa suplantada, cresceu, e “imortalizou-se” na consciência nacional como um monumento, para aonde, enuncia Rui Barbosa, teriam de volver-se “os olhos da humanidade”, toda vez que os seus direitos fossem assaltados.

Respeitosamente, realizando-se, uma vez mais, contraponto ao autor, sugere-se que não tenha cogitado da possibilidade de que, no fundo, em última análise, o que aparentemente parece ter preservado a vida dos cidadãos mencionados foi justamente o respeito ao direito, à ordem jurídica estatal e a boa técnica jurídica dos seus advogados e

⁶² BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 151 e 152

⁶³ *Ibidem*, p. 152 e 153

dos membros da Suprema Corte mencionada, que assim puderam proceder, justamente por serem operadores profissionais do direito, dotados da devida competência e do devido preparo técnico para o desempenho da função jurisdicional. O próprio autor menciona que a “vontade do povo” correspondia a de uma injusta condenação à morte como procedera a comissão militar.

Uma lástima não tenha ele averiguado o resultado do julgamento realizado pelo júri, caso este tenha sido efetivamente conduzido, pois, conforme o veredicto poder-se-ia tentar vislumbrar o quão imparciais teriam sido, ou não, os jurados em relação ao “calor” dos tempos e da influência ideológica política, tendo em conta que estão legitimamente autorizados a julgar mesmo que de forma oposta ao que prescreveria a boa técnica jurisdicional e ao sistema jurídico oficialmente estatuído.

Ao que tudo indica, as chances de condenação pelo júri seriam enormes, talvez, resultando na aplicação da mesma sanção de pena de morte, algo que demandaria um relatório mais pormenorizado do caso e do sistema legal vigente à época para se tentar prever. Pode-se sugerir que, de uma perspectiva prática, os referidos cidadãos efetivamente tiveram incrementadas as suas chances de escapar de uma suposta perseguição política; entretanto, de um ponto de vista mais formal ou institucional, pode apenas ter ocorrido uma protelação do inevitável destino “fatal” reservado aos cidadãos apontados no caso referido pelo autor.

Se os americanos “realistas” de 1765, dessa maneira coloca Rui Barbosa⁶⁴, na declaração do Congresso reunido em Nova Iorque contra a tirania tributária da Grã-Bretanha, reivindicavam o júri como um “direito orgânico e inauferível” dos súditos ingleses nas colônias americanas, os democratas americanos do último quartel do século dezenove continuariam a ver, aponta o estudioso brasileiro, nessa instituição o “baluarte” da sua liberdade; e a mínima infração dela ali, alega o publicista, “melindraria gravemente o senso popular”. “Bebendo” na fonte inglesa e na fonte americana, revela o autor⁶⁵, a ideia das garantias individuais, a Revolução Francesa, assinala ele, assimilou a “grande instituição tutelar da justiça criminal”, posto que, explica o doutrinador brasileiro, “lamentavelmente” alterada pelas preocupações da democracia nascente, que, rejeitando o princípio inglês da capacidade, excluíra,

⁶⁴ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 153

⁶⁵ *Ibidem*, p. 154

esclarece ele, a noção das categorias, hoje dominante por toda parte, confundindo o jurado com o eleitor.

De Constituição em Constituição, comenta o doutrinador, o júri francês chegava até aqueles dias atuais por meio de variações e “eclipses”, que acenavam, compreende Rui Barbosa, para a sua correspondência natural com o caráter político dos tempos, a inclinação destes para a liberdade, ou o despotismo. O consulado napoleônico retirou-lhe, no ano X, relata o autor, a competência quanto aos crimes políticos e delitos de imprensa, que se lhe restituiu, informa ele, em 1814. A restauração, revela o publicista brasileiro, definindo o seu pendor reacionário, subtraiu-lhe novamente, em 1822, aquela autoridade, em que foi reintegrado, ao assomar das ideias liberais, com a Monarquia de Julho.

Na Bélgica, expõe Rui Barbosa⁶⁶, o júri criado pela Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 e confirmado pela de 18 Fruidor ano III, fora abolido, por decreto do príncipe soberano dos Países Baixos, em 6 de novembro de 1814. Era um tipo de antigo “César”, compara o autor, “cínico” e “brutal”, qualifica ele. Rei aparentemente, denuncia o jurista brasileiro, adstrito a uma Constituição, costumava responder aos propugnadores da responsabilidade ministerial que os seus ministros “não valiam para ele mais do que os seus estribeiros”. Se lhes falavam em opinião pública, registra Rui Barbosa, não a reconhecia e ainda exclamava: “Opinião Pública! Cada qual tem a sua”. O uso do direito de petição, alega o autor, exasperava-o como atentado às prerrogativas da sua coroa. É uma “cabeça de ferro”, argumenta o doutrinador brasileiro, de onde seria “impossível” deslocar uma prevenção, dizia, definindo-o, o homem que mais longa e intimamente o tratou. Conhecido tal temperamento, explica Rui Barbosa, ninguém estranharia a linguagem de Guilherme à legislatura do seu reino: “Refundi, como quiserdes, o Código Penal, contanto que não me restaureis a instituição do júri”.

Não menos elogiável, deve-se ressaltar, aparentava ser o conhecimento que Rui Barbosa aparentava deter igualmente acerca do desenvolvimento histórico do júri na França e demais países da Europa continental. Ainda assim, ainda que argumentasse que, no caso da Bélgica, o júri, ao menos, em seu modelo mais tradicional, resultou sendo extinto, por influência, mesmo que indireta, de um rei, a priori, reconhecidamente autoritário, tal constatação, por si só, não se apresentaria como um argumento absoluto

⁶⁶ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 154 e 155

de contrariedade aquele movimento histórico legítimo de extinção do júri ocorrido na Bélgica.

Há de se cogitar que, numa proposição bastante razoável, o profundo sentimento de rejeição do referido monarca em relação ao tribunal popular à época possa ter resultado justamente pelo motivo de que, como profundo conhecedor dos bastidores e jogos de poder, seria ele ciente, inclusive, das todas as mazelas e incoerências que caracterizavam a referida instituição na sua realidade prática, provocando no referido monarca um profundo sentimento de irritação diante da hipocrisia que se desvelava no funcionamento da instituição e do elevado custo e desperdício de tempo que ela representaria para o Estado.

Não obstante, relata Rui Barbosa⁶⁷, todas as classes da nação belga, lhe resistiram energicamente, e a abolição do júri teria resultado como uma das causas principais da revolução, que, em 1830, derrubou o trono, e “libertou” o país. É o que vigorosamente teriam declarado, alega o autor brasileiro, no Congresso Constituinte de 1831, os oradores, de todas as opiniões, recordando a insurreição americana, indicando na supressão daquela garantia um dos atentados mais odiosos do “governo subvertido”, afirmando-se que sem júri não poderia existir liberdade religiosa, e sustentando que se deveria desesperar do povo, que, supondo-se maduro para a liberdade, não soubesse adotá-lo. Tal seria, porém, a ansiedade nacional pela reconquista desse direito, argumenta o estudioso, que, sem aguardar a lei constitucional, o governo provisório, instituído pelo movimento popular de 24 de setembro, explica ele, tinha, dentro em menos de um mês, restabelecido a instituição proscrita.

Organizado o governo constitucional, comenta o doutrinador brasileiro, sob a influência desses sentimentos, a assembleia belga não se contentou em renovar a garantia decretada na Constituição de 1791, como até, registra ele, alargou-a aos delitos políticos e aos delitos de imprensa. Importante também que se reconheça, neste trabalho, que além de grande domínio da história da instituição do júri na Europa, Rui Barbosa, parece relatar essa mesma parte da história do Tribunal do Júri, de forma bastante rica e detalhada de informações e dados históricos e, comparativamente com o texto que apresentou em relação ao júri da área de influência anglo-saxã, ao menos, parece fazer um uso quase escasso de expressões ou colocações de ordem acentuadamente emocional ou ideológica.

⁶⁷ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 155 e 156

Não obstante permanece alguma dúvida quando o autor alega que a extinção do júri tenha servido como o motor principal, o estopim decisivo para o desenrolar da revolução belga. Ainda que numa investigação histórica se confirme a colocação feita pelo autor, deve-se admitir a hipótese de que este provavelmente represente um caso de exceção no que diz respeito a um papel protagonista da instituição no desenrolar de uma revolução política, do que a regra de impulsão de outros processo políticos revolucionários que se sucederam no restante dos países do continente europeu.

Introduzido na Itália com o domínio francês, revela o jurista⁶⁸, o júri não se manteve ali, senão nas províncias que lograram preservar a sua autonomia: Sicília e Sardenha. De Nápoles, esclarece ele, baniu-o o governo de Murat. A situação desse país tolhera-lhe, na primeira metade do século então em vigor, assinala o acadêmico, o gozo das liberdades, que outras nações europeias desfrutavam. Apenas de 1859 até aqueles dias, comenta Rui Barbosa, se restabeleceu o júri, e com a sua reimplantação definitiva na península, observa o autor, referindo-se à lição de Lucchini, coincide eloquentemente o movimento nacional, que dissolveu os principados, criou o governo popular, e construiu a Itália. “Semeado” na Áustria pelo sopro liberal de 1848, relata o estudioso, o júri caíra pouco tempo depois, ao recrescer do antigo regime.

O código de 1853, que se inspirava na legislação francesa, desapareceu, verifica o teórico, substituído pelo de 1803, que se restabeleceu, e com o qual se extinguíram os jurados. Mas a corrente “reacionária” refluíu, enuncia Rui Barbosa, a monarquia constitucionalizou-se seriamente, qualifica ele, e, ao influxo dessa tendência progressista, a instituição liberal lançou ao solo “raízes duráveis”, diz ele, com o advento da Lei de 21 de dezembro de 1867, a de 19 de março de 1869 e o Código de Processo Criminal de 23 de maio de 1873. Razão tinha, portanto, o barão Beyts, conclui o autor⁶⁹, em dizer, há sessenta e seis anos antes, na constituinte belga, que “todos os povos, mal lhes cabe a fortuna de reconquistarem a liberdade, apressam-se em assegurar a posse do julgamento dos jurados.

Uma das cabeças mais políticas da revolução francesa, registra o jurista brasileiro, dizia que “o júri valia mais do que toda a Constituição da Inglaterra”. Essa instituição, conforme o pensamento de Siéyès, refere Rui Barbosa, é a “verdadeira” garantia da liberdade individual, em todos os países do mundo, que aspirassem a ser

⁶⁸ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 156

⁶⁹ *Ibidem*, p. 157

livres. Não se pensava diversamente, da outra parte da Mancha, onde o espírito “mais eminente” da política inglesa ao final do século dezoito chamava ao júri, ressalta o autor, o “esteio fundamental da liberdade”, “the buttress of liberty”. Mas antes do “grande” Pitt, já Blackstone, aponta Rui Barbosa, refutando prognósticos “sinistros” contra a Constituição inglesa, escrevia que as suas liberdades não se poderiam como as de Roma, Esparta e Cartago, porque a Inglaterra estava defendida pelo júri, que aquelas, alega o estudioso, não conheceram.

Quase meio século depois de lorde Chatham, o “bom senso” britânico dizia ainda, em terra inglesa, que, enquanto não se violasse esse paládio as franquezas do governo livre não pereceriam de todo. A liberdade, qual a se concebe, defende o publicista brasileiro, “não pode existir sem o processo pelo júri”, fazendo menção a lição dada, posteriormente, por “um dos intérpretes mais altos das instituições americanas”, dessa forma refere ele o correspondente doutrinador.

Uma vez mais, reconheça-se o grande conhecimento histórico parecia deter a respeito da evolução da instituição do júri. Contudo, permanecem algumas ressalvas a serem postas, principalmente no que diz respeito aos seus comentários a respeito da trajetória do júri no continente europeu. Não é possível deduzir, com segurança, por meio apenas da leitura deste seu parecer, se o acadêmico brasileiro adotava ou não uma distinção mais precisa entre o modelo de júri tradicional, como acontece no caso brasileiro, e os primeiros modelos de órgãos jurisdicionais mistos, como é o caso dos escabinados e assessorados.

Não se descarta a hipótese de que, quiçá, pela ânsia do autor de defender a figura do tribunal popular, por conta de sua visão política e idealizada do tema, por, no fundo, também compreender que o direito fundamental⁷⁰ a ser preservado efetivamente seja o

⁷⁰ O primeiro caractere dos direitos fundamentais indicado por *José Afonso da Silva* é o da historicidade. Problematize-se, portanto: comparativamente aos direitos fundamentais clássicos, pode-se colocar que o direito de exercício da função do júri evoluiu ou transformou-se historicamente, sem perder sua proposta inicial mais essencial? Ou ele no fundo, excetuados alguns casos, sempre oscilou historicamente e sempre se revela propenso a uma infinidade de problemas que o cercam, sendo muitas vezes substituído completamente por outros institutos ou instituições jurídicas e políticas no desempenho de suas funções? O segundo caractere é o da inalienabilidade. Consenso existiria, concorda-se, de que, em tese, o direito ao exercício da função do júri, da prestação jurisdicional que por meio dele se veicula, não é de conteúdo essencialmente econômico-patrimonial; embora, historicamente, de alguma maneira, assim tenha sido tratado, por questões como, compra de votos ou de estabelecimento de requisito censitários para aqueles cidadãos que seriam aptos a participar de suas atividades; não obstante, em um sentido mais amplo dos termos inegociável e intransferível, tais atributos concretamente não lhe correspondam de forma absoluta. O terceiro caractere considerado pela teoria de *José Afonso da Silva* é o da imprescritibilidade. Pergunta-se: o tribunal popular vigorou de forma constante e estável na maior parte do cenário jurídico e político, nacional e internacional? Um quarto caractere dos direitos fundamentais adotado pelo autor brasileiro em seus estudos é o da irrenunciabilidade. Outro ponto de incompatibilidade que se justifica, de modo

de participação popular na administração da justiça, não tenha enxergado a necessidade de fazer tal distinção, pois ela é relevante. O autor até reconhece episódios históricos em que o Tribunal do Júri fora implementado em determinados sistemas políticos e jurídicos e, em seguida, excluído, para ser nova e prontamente por um novo tribunal popular com novos regramentos.

Como verifica-se em outras fontes bibliográficas referidas neste texto dissertativo, países como França, como Itália, principalmente, não tardaram em substituir o modelo tradicional de Tribunal do Júri por modelos de escabinados e assessorados. Impõe-se ressaltar que, mesmo que o padrão mais originário de tribunal popular carregue muitas semelhanças com seus sucessores mais imediatos, com os primeiros padrões de órgãos jurisdicionais mistos daquele período, certo é que revela-se diferença relevante em relação a estes últimos, pois, neles, no que concerne ao veredicto final, os juízes leigos passaram a não mais a definir de forma isolada a solução do caso em exame, consoante seu próprio juízo de consciência e podendo sobrepor-se, conforme a situação, ao próprio mandamento da lei, tendo em conta que contariam, a partir de então, com a interferência ou influência direta de agentes públicos estatais capacitados técnica e cientificamente na aplicação do direito e no exercício da jurisdição.

Rui Barbosa reporta-se ainda à teoria de Siéyès, a respeito da qual já foram procedidas algumas considerações críticas na seção anterior a esta, deixando transparecer uma intensa “paixão”, dessa forma colocando, pelos ideais liberais clássicos de defesa da instituição do júri, ao mesmo tempo em que retorna a exaltar a doutrina anglo-saxã de apoio ao tribunal popular, que vinculava a instituição a uma função essencial de garantia da liberdade individual, algo que, talvez, já não se revelasse mais uma verdade já no tempo em que o autor elaborava este seu parecer, especialmente considerando-se o contexto social e político brasileiro da época, em que o referido direito de liberdade individual do cidadão, a cada vez, encontrava-se mais direta e eficazmente protegido pelo desenvolvimento do instituto jurídico do habeas corpus na sistemática constitucional e processual penal brasileira e, mesmo que de modo mais indireto, pelas garantias que estavam sendo gradativamente atribuídas ao

semelhante ao qual se procedera quanto ao caractere anterior: o exercício da função do júri, a existência de tal instituição é algo que sempre permanecerá e representa efetivamente uma exigência objetiva de afirmação da condição humana? Não apenas, por inúmeras vezes deixou-se de exercê-lo, como também revelou-se possível que seja renunciado. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 181 e ss.)

Poder Judiciário, permitindo que seus membros atuassem com grau ainda maior de imparcialidade e de independência das forças governamentais.

“Aquele raça”, prossegue sua argumentação e dessa forma coloca Rui Barbosa⁷¹, a que o mundo “contemporâneo” “deve” as suas instituições livres, ainda não deixara, pois, assinala o autor, de ver na do júri o “grande baluarte” das liberdades estabelecidas pela Magna Carta. Longe de ter enfraquecido com a experiência, esse “sentimento”, alega o autor, naturalmente foi se aprofundando entre os “observadores despreocupados e inteligentes” dos fatos políticos do século dezenove. Eles demonstram, compreende o acadêmico brasileiro, que o júri é de origem “moderna”: nasce com a “verdadeira liberdade”. Sua consequência, persiste o jurista, fora “consequência natural” da volta dos povos à “vida livre”. É uma instituição, coloca o publicista brasileiro, que “surge e morre com a liberdade”.

Esta “realidade notória”, atestada pelos publicistas e juristas que “mais seriamente” se entregaram aos estudos dessa entidade constitucional (entre os quais, de antemão, já anuncia a Biener e Brunner), apoia-se Rui Barbosa, ainda entre os adversários do júri, verificara ele, teria encontrado “confessores”. Em livro de “acerba” crítica, menciona o autor, escrito contra ele, há poucos anos, na Itália, o teórico a ser referenciado, não pode contestar que, em “todas as lutas deste século” o júri acompanhou, quase sempre, a “vitória dos povos”, “sucumbindo com eles”.

Ora, ressalta o especialista brasileiro, o objeto dessas lutas foi “sempre” a liberdade. Não exagerara, pois, opina Rui Barbosa, o egrégio professor de Direito Constitucional da Universidade de Roma, refere ele, ao afirmar que o júri “tem sido o companheiro inseparável da liberdade, e que o dia da sua abolição seria certamente um dia retrógrado na liberdade civil; nem o grande criminalista francês, que examinando os motivos da estabilidade dessa instituição através das vicissitudes legislativas de seu país, resume a lição histórica, dizendo que verdadeira liberdade, não pode havê-la sem júri”.

Novamente, Rui Barbosa parece retomar um discurso, dotado de intenso caráter emocional, lançando mão outra vez de expressões enfáticas e procedendo a alegações de tom quase inquestionável, apoiando-se, inclusive, em outros doutrinadores de visão aparentemente tão “hermética” quanto a sua. Um texto de caráter um pouco mais científico, humilde e respeitosamente sugere-se, com certeza, faria uso de palavras e

⁷¹ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 157 e 158

colocações mais parcimoniosas e apresentaria um exercício um pouco mais constante de reflexão e ponderação acerca dos assuntos tratados e das próprias afirmações que nele próprio são colocadas. Como já bem observado por Karl Popper, o exercício do trabalho científico possui em sua essência a possibilidade de contradizer-se a verdade que se pretenda estabelecer, em sentido inverso, uma visão tão encerrada, aproxima-se muito mais a um dogma de Fé do que de um conhecimento científico.

Destaque-se ainda que Rui Barbosa parece apenas proceder à reprodução apenas de uma linha de análise, de uma visão histórica de que o Tribunal do Júri seja efetivamente o grande tutor do direito de liberdade individual, no entanto, ao menos neste texto examinado, o autor não lista uma série de eventos históricos que possam sustentar de modo tão consistente assim a correlação em sentido tão absoluto entre tal instituto e o direito que ele pretensamente protegeria. Se tal visão possa corresponder à parcela da realidade histórica das nações europeias⁷², não tão fácil se apresenta comprovar que corresponda à verdade do desenvolvimento social, político e jurídico brasileiro.

Não é, com efeito, o júri, assevera Rui Barbosa⁷³, unicamente uma instituição jurídica; é uma “criação política de suprema importância no governo constitucional”. Quando a Europa quis adotar esse regime, destaca o autor, não imitou o *pariato*, nem os juízes de paz, nem os xerifes, nem os tribunais régios: “nacionalizou o júri”, conclama ele. Os jurados, propõe o estudioso, são uma “forma de liberdade política”. Desde os seus primórdios, argui o publicista brasileiro, a instituição do júri assentava numa ideia representativa, e foi associando-se às instituições representativas preexistentes que penetrou na Grã-Bretanha.

Realmente, revela-se difícil discordar do autor quando ele realça o caráter político da instituição do júri, lembrando que não se trata apenas de uma simples instituição jurídica, de mais um órgão jurisdicional estatal entre tantos outros. E correto também parece estabelecer que todas as instituições estatais possuem uma natureza política, uma função política propriamente dita a desempenhar. Toda a estrutura e organização social é movimentada pela política e sobre ela também exerce influência e interfere. A questão que se deseja levantar nesta análise é de que para atribuir um maior

⁷² *Aury Lopes Júnior*, nesse sentido, refere que *Ferrajoli* explica que o Tribunal do Júri desempenhou um importante papel na superação do sistema inquisitório, tendo o pensamento liberal clássico assumido a defesa do modelo de juiz cidadão em contraste com os horrores da inquisição. (LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 739)

⁷³ BARBOSA, Ruy. **Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 157 e 160

ou menor grau de interferência direta nas bases políticas de uma nação pela ação de uma instituição, deve-se fazê-lo concomitantemente também com uma análise do contexto territorial e temporal, social e político em que ela encontra-se inserida.

Delicado também revela-se a alegação de que o júri é de “suprema importância” para os governos “constitucionais”, talvez o tenha sido para os governos constitucionais de outrora, contudo, considerando, a atual conformação dos sistemas políticos e jurídicos da maioria dos Estados constitucionais e democráticos, seus reflexos na organização da estrutura estatal e as formas de interação que estabelecem com seus representados, sobretudo tomando-se em conta as garantias de que costumam cercar o Poder Judiciário, mais frágil ainda evidencia-se a tentativa de sugerir que o Tribunal do Júri, tenha sido ou seja, em qualquer caso, uma “forma de liberdade política” de modo tão assertivo como intenta proceder o publicista brasileiro.

Para sustentar sua forte alegação de que “a área geográfica do júri é, portanto, a da civilização moderna”, Rui Barbosa⁷⁴ aponta que, naquele período, o júri, da Grã-Bretanha passou o júri aos Estados Unidos, dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha aos dois continentes. A França comunicou-o à Bélgica, aos países germânicos desde a invasão das províncias renanas em 1791, e à Europa meridional. Quase em todas as “nações cultas”, defende ele, encontra-se ele: na Prússia; na Baviera; no Hanover; no Württemberg; em Baden; na Saxônia; na Alsácia-Lorena; nos tribunais do Império Alemão; na Suíça, para os tribunais federais, e para os cantonais de Genebra. Berna, Zurique, Friburgo, Soleure, Argóvia, Turgóvia, Tessino, Vaud, Neuchâtel; na România; na Sérvia; na Noruega; na Suécia; na Dinamarca; em Portugal; na Espanha; na Grécia; até na Rússia; na Índia; no Japão; na generalidade das ilhas e colônias inglesas, Jérsei, Maurícia, Cabo, Guiana, Austrália; Canadá; no estado livre de Orange; nas ilhas de Havaí; no México; em quase todas as repúblicas sul-americanas, inclusive o Paraguai, e especialmente na república Argentina⁷⁵.

⁷⁴ BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896. p. 161 a 163

⁷⁵ A respeito do júri na Argentina, em meados do século XX, Ricardo Levene escreveu: “No ano de 1953, o Ministro da Justiça da Nação, Dr. Natalio Carvajal Palacios, preparou um projeto sober o jurado. Segundo ele, este somente intervém nos delitos de homicídio, lesões, homicídio em riña, abandono de pessoas, delitos contra a honestidade, roubo e extorsão. Os requisitos para ser jurado são os de ser cidadão argentino, ter de 25 a 65 anos de idade, saber ler e escrever e estar inscrito no Registro Eleitoral e nas associações profissionais. Conforme o referido projeto, anualmente a Corte Suprema de Justiça confeccionará uma lista de três mil pessoas, que depois é depurada, e da que o juiz do jurado efetua, depois de determinar se a causa é de competência deste, o sorteio de vinte e seis nomes, podendo eliminar seis a defesa e outros tantos a acusação. Ficam assim quatorze jurados, dos quais atuam doze e os outros dois são suplentes. O jurado é de investigação e julgamento; o debate é público e oral, salvo por razões de

Obviamente que, para que se possa viabilizar uma contraposição mais precisa no que diz respeito à distribuição política e geográfica contemporânea da instituição do júri, necessário se faz proceder a todo um trabalho de mapeamento das instituições de júri em vigor, assim como dos modelos de organização e operacionalização por elas efetivamente adotados, sobretudo entre os Estados Democráticos de Direito estabelecidos no cenário político internacional, tarefa que, infelizmente, não se pode colocar entre os objetivos principais desta proposta específica de trabalho científico⁷⁶.

moralidade e de ordem pública se efetue a porta fechada. O secretário lê a requisitória fiscal e a defesa e se recebem as provas, podendo perguntar os jurados às testemunhas e peritos e ordenar diligências de prova. A produzida no sumário não serve em princípio; as testemunhas não podem comunicar-se com terceiros, e declaram primeiros os da acusação e logo os da defesa. Depois da prova se concede a palavra ao acusador, ao defensor e ao acusado, nessa ordem, levantando-se uma ata do fundamental. A audiência é contínua, salvo que se tenha que realizar diligências fora do recinto, ou não haja concorrido uma testemunha imprescindível, ou se reconstitua o fato. O jurado resolve seu veredicto em sessão secreta; o juiz lhe submete duas questões: se está provado ou não o fato e se é culpado ou não o acusado. O veredicto de culpabilidade requiere duas terças partes dos votos; o de inocência, simples maioria. Aquele é inapelável e independente da opinião do juiz. Sua decisão somente pode ser modificada com base em critérios de nulidade que se especificam, em cujo caso o fato é novamente julgado por outro jurado. O juiz se limita a dar a qualificação legal e adequar a pena. Sua resolução a este respeito é apelável perante a Câmara. Evidentemente, o jurado triunfará em países com temperamento e experiência cívica acendrados, mas não se pode sustentar que os princípios de oralidade, regime acusatório e livre apreciação da prova, sejam privilégio exclusivo do jurado, já que podem estabelecer-se com respeito à magistratura profissional. Nesta existe mais preparação e não menos independência, já que o jurado é fácil de impressionar, ou de cair no *coecho*, ou de ser presa da influência exterior ou da dialética brilhantes, mas as vezes, sem razão, dos letrados. A isso se agrega que não fundamenta seu veredicto, o que torna difícil a retificação de seus erros, e em contrapartida facilita sua irresponsabilidade, e se bem escapa ao risco da burocratização, pois a intervenção judicial de seus membros é ocasional, eles não adquirem em cambio uma qualidade tão importante como é a experiência. Coincidindo com esta tese, o Primeiro Congresso Latino-Americano de Criminologia declarou: que a justiça do crime, pela natureza técnica das questões e os delicados problemas jurídicos que suscita, deve ficar a cargo de tribunais de direito. O importante é saber se há chegado a oportunidade de implantar o jurado; é dizer, se está em condições nosso povo para tão importante experiência. Sem dúvida alguma a pergunta é de difícil resposta, já que nunca se há levado à prática, razão pela qual quiçá seja conveniente efetuar um ensaio do jurado, mas em pequena escala, ou seja, limitadamente, sobre tudo porque ainda não começou em todo o país a oralidade e a publicidade, passos prévios ao jurado popular. Com efeito, a província de Buenos Aires tem um código com sistema misto; a de Santa Fé um *escriturista*; a de Tucumán um misto de várias fontes; e a de Santa Cruz segue o sistema da Lei 2.372/1889 (velho Código da Capital). Fazendo eco de dita recomendação, o novo Código Processual se pronuncia decididamente pelo sistema do tribunal de direito colegiado, para o julgamento da maior parte dos fatos delituosos. Mas na fase instrutória, por suas especiais características – celeridade, reserva, executoriedade -, serão resolvidos por um só magistrado, o juiz de instrução, a igual que os processos *correlacionales* são julgados em única instância pelo juiz correccional. (LEVENE, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993. p. 119 a 121)

⁷⁶ Ao menos, em sua contemporaneidade, *José Frederico Marques* logrou fazer um mapeamento de tal presença do Tribunal do Júri em meio aos sistemas jurídicos vigentes no cenário internacional, relativizando fortemente as afirmações postas por *Ruy Barbosa*: “O júri não existe na maioria das democracias, a partir das democracias latino-americanas. A Argentina, não a Argentina dos dias conturbados de hoje, a Argentina de *Saens Peña*, que era modelo de democracia, nunca pensou no júri; também Chile, a Venezuela, enfim, todos os países americanos, com exceção do Brasil e da Colômbia. No México houve júri e se acabou com ele porque, conforme dizia um Deputado mexicano: ‘es un espectáculo pero no hace justicia’. Na Europa o júri inglês surgiu depois do concílio de Latrão, quando foram abolidas as ordálias e os juízos de Deus. No continente europeu, para substituir aquela prova criminal do juízo de Deus, apelaram para a tortura e para o procedimento inquisitivo. A Inglaterra foi em busca de um costume dos reis normandos, que era de tomar o juramento dos homens quando queriam

Não obstante, entende-se ser possível sugerir que tão universal alegação posta pelo jurista brasileiro, denota mais uma vez, uma visão política muito idealizada, de cunho tão ideológico, num sentido mais negativo desta última expressão, quase como que ignorando suas inúmeras problemáticas e traços originários históricos da instituição que não seriam “tão modernos” assim, considerando que entre suas fontes originárias, em caráter geral, estão diversas civilizações de caráter patriarcal, elitista e autoritário, em que pese a amenização proporcionada pela existência de semelhantes órgãos jurisdicionais colegiados em alguns desses sistemas sociais e políticos por último referidos.

No restante do texto, o autor faz referência a teóricos, doutrinadores, legisladores e magistrados, de sua própria atualidade ou de períodos anteriores, de países como Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra, que não poupavam elogios à instituição do tribunal popular. Não obstante, considerando-se que as suas palavras e colocações reproduzidas neste trabalho já se revelam suficientes para entendimento e compreensão do pensamento que Rui Barbosa possuía acerca do instituto do júri, sugere-se a consulta direta ao restante do texto analisado para verificar que aquilo que

resolver algum problema, sobretudo de ordem criminal: daí o nome de jurado, mas nasceu sob a mística do juízo de Deus. Por que então 12 jurados, por que 12 homens? Porque se acreditava que 12 homens reunidos seriam como os 12 apóstolos do Dia de Pentecostes, sob cujas cabeças desceu a língua de fogo do Espírito Santo. Essa é a origem do júri. Agora, não há porque negar que na Inglaterra o júri sempre teve bastante prestígio, teve sempre uma atuação digna dos maiores elogios e muito eficiente. Transplantou-se o júri para a Europa depois da Revolução Francesa. A Assembleia Constituinte, em 1790, aprovou com grandes aplausos a instituição do júri... devido aos resultados desastrosos registrados de 1790 àquela data... Tanto isso é certo que durante o Diretório, durante o consulado, o júri foi suspenso em vários departamentos da França, mas Napoleão impôs o júri, impôs na França, impôs pelas armas, nos países do continente europeu. (p. 75) E fala mais o reconhecido jurista penal brasileiro: “Esses países, logo que se libertaram, quase todos abandonaram a instituição do júri.” (p. 75 e 76) “A Holanda foi o primeiro e nunca mais teve júri, depois, Luxemburgo e os Cantões suíços. Ninguém pode duvidar do caráter democrático da política dos Cantões suíços, onde em muitos até há democracia direta, com o povo votando em praça pública as suas leis. Esses cantões, com exceção dos Cantões de Geneve, Zurich e de Friburgo, acabaram com o júri. Não há júri na legislação cantonal suíça, a não ser nesses três cantões. Nos outros países, o que ocorreu? O júri hoje só existe na Bélgica e na Noruega. A França aboliu o júri. Tem, hoje, o escabinado. A Itália o aboliu, mas depois da queda do Fascismo, foi aprovada uma lei restabelecendo o Tribunal do Júri e o Parlamento Italiano, em lugar de restabelecer o Tribunal do Júri, regulamentou de novo o assessorado, escabinado italiano. Antes da guerra já haviam abolido o júri a Iugoslávia, a Tchecoslováquia, a Bulgária, a Polônia, países que hoje estão no regime da Cortina de Ferro. De maneira que não podemos mais dizer, como Rui Barbosa, que a área do júri é a área da civilização. V. Exa. Estão vendo que sobrou muito pouco para o júri no mundo contemporâneo. Mas por quê? Porque, Srs. Deputados, na realidade o júri é um órgão judiciário sem nenhuma justificativa. O júri não entende de direito penal, não entende de criminologia, não conhece os fatos. Como é que o júri julga? Julga com debates.” (p. 76) “Na Europa, mantém-se o elemento popular, mas no escabinado – o juiz junto com os jurados – o resultado é outro, como não poderia deixar de acontecer, porque o jurado aí tem o juiz para orientá-lo, para não deixar que ele seja levado pela oratória, pela eloquência do advogado que souber falar melhor, que souber impressioná-lo mais.” (MARQUES, José Frederico. *O novo código de processo penal*. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279047241.pdf Acesso em: 19 out. 2017. p. 76)

demais por ele fora por ele alegado não foge da mensagem central que se pode capturar na argumentação do autor exposta até o presente momento.

Nem as informações ou colocações adicionais procedidas pelo autor revelam-se suficientes para sustentar esse caráter de importância universal que o autor deseja atribuir à instituição do júri de forma um pouco mais técnica e científica. O discurso emocionado, por assim dizer, é uma constante na argumentação do autor e parece suplantar um pouco mais além do que parece desejável uma análise um pouco mais objetiva, imparcial, mais científica da realidade. Não se trata aqui de fazer “terra arrasada” com o Tribunal do Júri, pois igualmente guarda-se o desejo de que os cidadãos pudessem e estivessem em melhores condições de participar da administração de justiça estatal, inclusive da justiça criminal que demanda todo um preparo técnico e científico que lhe parece tão peculiar.

Compartilha-se desse “sonho” político de Rui Barbosa e dos demais teóricos e doutrinadores que o acompanham, entretanto, nunca deve-se perder de vista a questão de que o exercício do diálogo entre o ideal e o real requer muita atenção, muita reflexão, demandando uma intensa e constante tarefa de desprendimento de pré-compreensões, paixões ou ideologias que cada um carregue consigo, tarefa que, uma vez mais, sugere-se, de maneira humilde e respeitosa, o ilustre jurista brasileiro não tenha sido tão assertivo em desempenhar no caso da sua avaliação da instituição do júri.

Frente a todo conteúdo analisado nesta seção, parece restar comprovado que a instituição do júri brasileiro, como hoje configurada, sustenta-se sobre doutrina ideológica bastante fragilizada por um viés político extremamente emocional, que mais preocupado com a forma democrática do que com a materialidade democrática⁷⁷, tomada de forma bastante descontextualizada, sem um olhar jurídico e científico mais apurado não foi capaz de prever que se estabeleceriam modelos de Estado Democrático de Direito, como ocorre em território brasileiro, cujos diversos valores ou princípios, além de suas diversas garantias institucionais previstas, não compatíveis com um padrão de jurisdição popular como o brasileiro em que prevalece ainda a o sigilo das votações,

⁷⁷ Acerca deste ponto, *Aury Lopes Junior* tece as seguintes considerações: “Um dos primeiros argumentos invocados pelos defensores do júri é o de que se trata de uma instituição democrática. Não se trata aqui de iniciar uma longuíssima discussão do que seja democracia, mas com certeza o fato de sete jurados, aleatoriamente escolhidos, participarem de um julgamento é uma leitura bastante reducionista do que seja democracia. A tal participação popular é apenas um elemento dentro da complexa concepção de democracia, que, por si só, não funda absolutamente nada em termos de conceito... Seu maior valor está na dimensão substancial, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado e com os outros indivíduos.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 740)

a soberania dos veredictos e a possibilidade de uma livre ação do juízo de equidade popular ao final do julgamento, independentemente de toda ordem legal e constitucional estatuída.

A doutrina clássica de defesa do Tribunal do Júri infelizmente não se sustenta ao ser transplantada para o contexto de Estados Democráticos de Direito contemporâneos, por conseguinte, o Tribunal do Júri brasileiro que nela se apoiou para alcançar, inclusive, status de garantia ou direito fundamental⁷⁸ constitucional, também, teoricamente, não se sustenta, menos ainda alcança tal êxito, numa perspectiva histórico-material, como se verificará, de pronto, no próximo segmento deste texto dissertativo, principalmente diante das alegações postas pela doutrina clássica de oposição à instituição⁷⁹.

⁷⁸ Os direitos fundamentais, compreendia *Pontes de Miranda*, não se confundiriam com todos os demais direitos assegurados ou protegidos pelas Constituições. Entretanto, as Constituições, esclarece o autor, não protegem apenas direitos fundamentais. Vão além destes e das linhas separativas dos poderes, ressalta o teórico brasileiro. Seria equívoco, apregoa o jurista, acreditar que o simples fato de inserir na Constituição a referência a um direito e, portanto, não se permitir a sua alteração por lei ordinária, o torne fundamental. Direitos fundamentais valem perante o Estado, e não pelo acidente da regra constitucional, coloca o estudioso brasileiro. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. p. 5)

⁷⁹ *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* terminou revelando-se com um dos teóricos de maior relevância para dar apoio à tese de que o tribunal penal popular pudesse ser equiparado a um direito ou uma garantia fundamental de todo cidadão. O constitucionalista brasileiro entende que as garantias instrumentais (garantias em sentido restritíssimo, classifica ele) seriam meios de defender direitos específicos, mobilizando o sistema institucionalizado para a sua proteção. Servindo, assim, em sua compreensão, para invocar a garantia institucional, em prol das garantias-limite, constituindo instrumento para a proteção dos direitos fundamentais. Essas garantias instrumentais seriam, no Brasil, em face da garantia institucional judiciária, os chamados remédios, ações especiais constitucionalmente previstas (daí, conclui ele, falar-se em remédios constitucionais). Seria o caso, exemplifica o teórico brasileiro, do habeas corpus, do mandado de segurança, do habeas data. Delas poderiam se aproximar, assinala o estudioso, a ação popular e as ações pelas quais se efetiva o controle de constitucionalidade. Contudo, o ponto mais crucial desta parte da teoria estabelecida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho acerca da qual, cuidadosa e respeitosamente se trata de fazer alguma contraposição, é aquele em que o referido autor admite uma equiparação entre garantias e os direitos fundamentais que estas almejavam proteger, em um sentido quase absoluto. O doutrinador argumenta que as próprias garantias em sentido estrito seriam, sob determinado aspecto, direitos fundamentais. Isso seria possível, no seu entendimento, por exemplo, porque existiria um direito a não sofrer censura, a não ter confiscados os bens, a recorrer ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou a requerer habeas corpus. Seriam “direitos subjetivos” à garantia, esclarece ele: “direitos-garantia”, portanto, conclui o jurista. É difícil manifestar discordância do referido autor quando ele sugere que o direito a recorrer a uma garantia para assegurar um direito fundamental ameaçado de lesão ou já lesionado, poderá se revelar tão importante quanto o próprio direito fundamental que a correspondente garantia visa tutelar, especialmente de um ponto de vista prático. Não obstante, ao menos na obra consultada, ele parece colocar isso de uma forma muito extrema e abrangente. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 33)

1.3 A ESQUECIDA DOUTRINA CLÁSSICA DE OPOSIÇÃO AO TRIBUNAL DO JÚRI

Como já referido, desde que restou o Tribunal do Júri assentado no elenco de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o debate em torno do júri foi gradativamente, de alguma forma, esvaziando-se, sobretudo, no que diz respeito aos seus fundamentos teóricos e sobre sua trajetória histórica. Aliado a isso, verifique-se que os manuais de processo penal contemporâneos, pela extensão de páginas que compreendem hoje, diante de tantos procedimentos e normativas especiais que devem tratar já não parecem conter mais espaço para que seja exposto o confronto teórico existente entre a doutrina de defesa e a doutrina de oposição ao júri.

Entre estes dois grupos mencionados, entende-se que a doutrina de oposição resultou a mais prejudicada, pois muitos dos seus principais idealizadores, especialmente estudiosos italianos e alemães, a exemplo de Enrico Ferri ou Rudolf von Ihering, boa parte deles oriundos da Escola Positivista, são sequer mencionados. Realmente, admite-se que tal corrente doutrinária revela, em alguns momentos, uma visão excessivamente cientificista e tecnicista, a exemplo do que sucedera com Lombroso que tentou estabelecer uma relação extremamente frágil e vinculante entre fenotípias humanas e o fato de elas corresponderem ou não, conforme determinados traços por ele identificados, a pessoas com pré-disposição ao cometimento de delitos.

No entanto, quem se proponha a fazer uma pesquisa entre tais juristas (Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Francesco Carnelutti, novamente exemplificando-se) verificará que muitas das críticas por eles estabelecidas ainda encontram correspondência na realidade do tribunal popular. Como se analisará, detalhadamente, Rudolf von Ihering foi o jurista que procedeu a uma das melhores argumentações em favor do juiz técnico-científico⁸⁰ profissional em face do juízo de equidade popular; todavia, antecipando o achado teórico, ver-se-á que o doutrinador alemão não se posicionava totalmente contra

⁸⁰ Nesse sentido, pode-se tomar lição de *Robert Alexy* que revela que Esser já havia constatado que os julgamentos de valor têm significado central em todas as decisões “sofrivelmente” problemáticas. De Kriele, conta que este autor chega à conclusão de que simplesmente não é possível fugir do elemento normativo-teleológico e dos elementos políticos inerentes a cada interpretação. Sobre Engisch, informa que este reconhece que hoje as próprias leis em todos os ramos do Direito são construídas de tal forma, que os juízes e administradores não só tem de tomar sua decisão e justifica-la simplesmente, subordinando-a a conceitos jurídicos estáveis, cujo conteúdo por certo é desenvolvido através da interpretação, mas igualmente são chamados a se tornar independentes, a decidir e decretar de vez em quando de acordo com a lei. Contudo, assinala Robert Alexy, essas constatações antes identificam o problema, mas não o solucionam. A pergunta é, aponta o jurista alemão: onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, assim como as proposições e conceitos de dogmática jurídica, e como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. A resposta a essas perguntas, ressalta o professor, é de grande significado teórico e prático. Dela, observa o autor, no mínimo, depende a decisão sobre o caráter científico da jurisprudência. Ela possui um grande peso para a legitimidade da regularização de conflitos sociais através das sentenças judiciais, destaca Robert Alexy. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: LANDY, 2001. p. 20)

toda e qualquer fórmula de participação do cidadão na administração da justiça, tanto que o próprio especialista já assinalava que a adoção de modelos de escabinados poderia ser uma opção mais plausível de ser adotada, na busca de um equilíbrio entre jurisdição togada e jurisdição popular.

Por meio deste mesmo aprofundamento investigativo, constata-se igualmente que a crítica estabelecida pelos juristas italianos não se dirigia nem mais ao modelo tradicional de júri, como assim se refere neste texto, como é aquele adotado no Brasil, mas ao que seriam, pode-se assim mencionar, os primeiros modelos de assessorados e escabinados implementados na Europa, especificamente na Itália, que não conseguiram escapar dos graves problemas que permeavam o seu modelo antecessor. Mesmo assim, os referidos autores, ao final de suas colocações, não chegam a condenar de forma absoluta a participação direta do cidadão na prestação jurisdicional; além de advogar que possíveis melhorias poderiam ser implementadas, criticaram algumas das que foram implementadas, pois, ao fim ao cabo resultariam que os juízes profissionais, na sistemática total do procedimento, acabariam exercendo certo grau de superioridade.

Por essas e outras razões, ressaltados seus excessos e discursos mais fervorosos; crítica que também pode ser aplicada a alguns dos teóricos da doutrina favorável ao júri, não se pode relegar ao esquecimento as considerações e observações postas por tais autores, porque, além de dotadas de grande caráter técnico-científico jurídico, apresentam, ao final, a razoabilidade com que estes conduzem suas reflexões; e, sobretudo, parecem encontrar respaldo, sob diversos aspectos, na realidade de operacionalização do Tribunal do Júri contemporaneamente adotado pelo próprio sistema político e jurídico brasileiro. O conhecimento técnico e científico jurídico⁸¹,

⁸¹ *Karl Larenz* também se destaca no meio acadêmico jurídico pela sua concepção de “jurisprudência como ciência compreensiva”; ele fala em “compreender mediante o interpretar”. Na *Jurisprudência*, escreve o estudioso, para além das compreensões linguísticas, do sentido normativo que a elas corresponde. É de expressões linguísticas que se trata, entende Karl Larenz, tanto nas leis como nas decisões dos tribunais e nos atos administrativos, e, em regra, também nos contratos. A compreensão de expressões linguísticas ocorre, ou de modo irreflexivo, por meio de acesso imediato ao sentido da expressão, ou então de modo reflexivo, mediante o interpretar. A este respeito, ressalta o acadêmico, é sempre pressuposta a mediação da percepção sensorial (do fonema ou dos signos escritos, explica o autor). Também o acesso imediato ao sentido de um discurso, registra Karl Larenz, como ocorre antes do mais na conversação cotidiana, possui a estrutura circular de todo o compreender. É irreflexivo, esclarece o acadêmico, pois para quem ouve e compreende não é problemático o sentido do discurso; não se lhe torna presente a possibilidade de distintas interpretações. Se for este o caso, coloca Karl Larenz, o sentido levado em conta, ou então o sentido havido como pertinente, converte-se em objeto de reflexão e, com isso, de interpretação. Karl Larenz afirma que “interpretar” é uma atividade de “mediação”, pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático. E em que consiste esta atividade de mediação? Questiona o jurista. O intérprete, responde ele, tem presente os diferentes significados possíveis de um termo ou de uma seqüência de palavras e pergunta-se sobre qual o significado correto. Para tal, interroga o contexto textual e o seu próprio conhecimento do

como há muitas décadas já haviam identificado os juristas oriundos da Escola Positivista, especialmente, é essencial para a apreensão e compreensão das normas e princípios de Direito Penal e Processual Penal, assim como para sua aplicação visando a uma prestação jurisdicional mais efetiva e justa.

Há mais de século as mais distintas correntes doutrinárias penais travam debates sobre qual a melhor forma de adoção e operacionalização do Direito Penal. Tratam-se de anos de discussões e estudos que não podem ser simplesmente ignorados, em nome de um ideal político que se deseja seria inerente ao júri popular. Adicionalmente, não se perca de vista que a definição dos tipos penais envolve questões delicadas, altamente subjetivas em alguns casos, de conflito ideológico político e criminológico, que irão fixar que classe de membros e que formas de conduta serão suscetíveis de sanção estatal ou não.

Todos estes argumentos parecem advogar de forma substancial para que seja reapresentada, que seja retirada de seu “esconderijo”, esta ampla doutrina, empreitada que se inicia nesta seção e, de forma menos ou mais direta, se estenderá pela seção subsequente, e junto com ela as reflexões e considerações altamente pertinentes dela extraídas para se pensar melhor a questão do Tribunal do Júri, no mundo e no Brasil e, especialmente, refletir se tal instituição com tantas fragilidades e questões evidentes pode ser equiparada, em qualquer caso, a um direito ou garantia fundamental do cidadão na participação da administração da justiça dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito como o implementado no Brasil. Inicia-se este resgate da doutrina de oposição do júri, apontando-se e analisando-se o que se compreendeu possível de denominar como as *principais questões postas e as fragilidades*

qual o texto trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso, assim como, aponta o autor, outras circunstâncias hermeneuticamente relevantes, que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado perquirido. A conclusão a que chega, entende Karl Larenz, não é uma conclusão logicamente vinculante, mas uma opção, devidamente fundamentada, entre diferentes possibilidades de interpretação. Interpretar um texto quer dizer, portanto, assenta o jurista, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem aparecer tal interpretação como a correta. A jurisprudência é precisamente, por isso, alega o autor, uma ciência, porque problematiza por princípio textos jurídicos, quer dizer, questiona-os em relação com as diferentes possibilidades de interpretação. O jurista sugere que os textos jurídicos são problematizáveis deste modo porque estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a eles apropriada, cujas expressões (com algumas exceções) apresentam uma margem de variabilidade de significados que torna possível inúmeros “cambiantes” de significação. É precisamente na profusão de tais cambiantes, aponta Karl Larenz, que se estriba a riqueza expressiva da linguagem e a sua susceptibilidade de adequação a cada situação. Nesse viés, o estudioso considera um erro aceitar a idéia de que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente obscuros, pouco claros ou contraditórios; pelo contrário, complementa o jurista, em princípio todos os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*; tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 282 a 284)

evidenciadas da instituição trabalhadas pela maioria dos autores de referida corrente doutrinária⁸².

A primeira questão que se deseja destacar é de que a implementação deste padrão de Tribunal do Júri, embasado na soberania dos veredictos e no sigilo das votações, provavelmente, sempre tenha demandado, e ainda assim demande, *a exigência de prévias condições sociais, políticas e culturais*⁸³. Heleno Fragoso não é o único

⁸² Sobre as problemáticas do júri, na sua época, *José Frederico Marques* teceu inúmeras considerações: “É que não compreendo a existência ainda hoje de um Tribunal de Leigos, em que a escolha não é feita de maneira democrática e sim através de sorteio. Onde há o sorteio, como dizia Carrara, desaparece a democracia. Além disso, tenho para mim que, com a independência com que está cercada a magistratura, graças às garantias que a Constituição lhe confere, o problema do Júri não é mais um problema político, é hoje apenas um problema técnico. E dentro da técnica de julgar, o Júri, a meu ver, leva grande desvantagem, em face do juiz togado. Tanto isto é certo que o Tribunal do Júri está desaparecendo paulatinamente do mundo ocidental. Ele permanece vivo, atuante, apenas na área do chamado direito anglo-saxônico. Isso se explica porque o Tribunal do Júri, tal como se acha estruturado e tal como funciona na Inglaterra, nos Estados Unidos e nos países dessa chamada área anglo-saxônica, tem uma constituição bem diversa do nosso Tribunal do Júri. Ele se compõe de doze jurados. Há necessidade de um veredito unânime, de maneira que os julgamentos ali se fazem de forma bem diversa do que acontece ao nosso Júri. Além disso, nos países de direito anglo-saxônico não há propriamente o jus scriptum, o direito escrito, há a common law, há o direito costumeiro, que o juiz fixa nas suas decisões. Num país de sistema continental europeu, como o Brasil, a meu ver, não se justifica a permanência do Tribunal do Júri justamente porque somos um país de direito escrito, direito codificado, onde a lei tem de ser aplicada, onde a lei não pode ficar ao sabor da consciência de sete cidadãos e que decidem soberanamente sobre a aplicação do direito positivo. Além do mais, nos países latino-americanos, nós somos uma exceção. Hoje não há Júri nos países latino-americanos. A Argentina, apesar de ter a instituição do Júri prevista nas suas várias constituições, nunca o adotou. O México acabou restringindo-se aos crimes políticos, e, por fim, o aboliu. O Uruguai não tem mais Tribunal do Júri. O Chile nunca o teve. E assim por diante. De maneira que nós somos uma exceção no mundo latino-americano. Na Europa, hoje, poucos são os países que mantêm o Júri tradicional. O que existe hoje na Europa, inclusive na França, que foi quem introduziu o júri no continente europeu, é o sistema germânico do escabinado. E a não ser em alguns cantões suíços e na Bélgica, os países europeus, de modo geral, aboliram o clássico Tribunal do Júri. E hoje, o julgamento com a participação de elementos leigos é feito através do chamado sistema do escabinado germânico ou do assessorado italiano. Mas o que me leva a ser adversário do júri é o seguinte: é difícil a sete cidadãos, sem conhecimento anterior do que existe nos autos, decidir como decide o júri brasileiro, através do que conhece da causa com os debates da acusação e defesa. Um julgamento nessas condições é muito difícil. De maneira que não é de causar espécie que o júri absolva muito, pois diante de circunstâncias dessa ordem a melhor solução é mesmo a absolvição, pois não há esclarecimentos suficientes para ser proferida uma decisão adequada para o caso.” (LIMA, Carlos de Araújo. *Os grandes processos do júri*. I Volume. p. 31 a 33)

⁸³ *Athos Moraes de Castro Vellozo* também compartilha entendimento de que as instituições políticas e o grau de cultura da nação constituem o verdadeiro valor do júri e de que é necessário que um povo que se interesse ativamente pelos “negócios públicos”, dotado de educação bastante avançada, para a obtenção, frisa o autor, de jurados imparciais, e conscientes – o que lamentavelmente não ocorria no Brasil em sua generalidade, observa o estudioso, naquele período. De acordo com Athos Moraes de Castro Vellozo, Mittermayer já afirmava que, quando não verificadas tais circunstâncias, tornar-se-ia possível agora compreender agora o erro daqueles que consideram o júri como a única ou melhor forma possível da justiça, no que diz respeito à investigação da verdade e à organização material judiciária; erro tão frequente, verificara o referido autor, quanto “funesto”. Como se tais formas, e esta organização judiciária, afirmaria Mittermayer, perfeitamente adaptadas à constituição de um povo, pudessem ser com as mesmas vantagens transplantadas para outro povo; como se uma instituição, que se reconheça “sábia” nestas ou naquelas condições, devesse sempre ser considerada a única e a melhor possível. As instituições judiciárias, analogicamente colocava Mittermayer, para terem bom êxito, também necessitavam de “clima”, “solo” e “cultura” convenientes. Outro não era o pensamento de Pimenta Bueno, enuncia Athos Moraes de Castro Vellozo, que, mesmo sendo defensor da instituição do júri reconhecia que tal

estudioso a chamar atenção acerca da questão de que a instituição do júri não pode ser forma tão imediata transplantada de uma realidade social e cultural a outra, de um sistema político e jurídico a outro, sem a devida cautela e, principalmente, de algum modo, deixando subentender que a conformação de tais condições prévias seja ainda mais relevante de estar estabelecida no caso do júri quando comparado a outros institutos. Entretanto, entre os referenciais tomados para o desenvolvimento deste trabalho, foi aquele que mais dissertou sobre esta temática e, portanto, na sequência tratar-se-á de verificar as valorosas informações e reflexões trazidas pelo autor a respeito desta temática.

Heleno Fragoso⁸⁴ destaca que a instituição do júri tornou-se famosa na Inglaterra e está intimamente ligada ao “espírito” do direito inglês. Passou ao continente com a legislação penal introduzida pela Revolução Francesa, tendo sido, porém, fortemente alterada; e, em nenhum lugar, nem mesmo “nos Estados Unidos, reitera o autor, para onde foi levada, produziu os “excelentes resultados que na Inglaterra, produziu, verifica e opina o jurista. O penalista brasileiro⁸⁵ comenta que o povo inglês é conhecido pelo seu exagerado “espírito de obediência” às leis do país.

Semelhante alegação pode ser encontrada em Raffaele Garofalo⁸⁶ que assinalara que, na Inglaterra, o caráter das pessoas, sua reduzida simpatia por criminosos, sua severidade e inflexibilidade em face de cada infração da lei, permitiram com que a instituição pudesse se manter operacional. Radbruch, refere Heleno Fragoso, já assinalava como características do “sentido” inglês do direito a “elevada moralidade” do povo britânico em matéria de impostos, o elevado número dos que se confessavam culpados nos tribunais e, especialmente, ressaltava Radbruch, suas “relações” com a polícia, considerando justa a afirmação que os ingleses frequentemente fazem: “We are a law-abiding people”. O direito inglês distingue-se significativamente do direito

instituição e o direito dos homens livres demanda tempo para radicar-se completamente, o tempo é que iria, colocava o referido estudioso, gerando os costumes e hábitos respectivos e a convicção do valor de missão tão “augusta”; é ele, dizia Pimenta Bueno que progressivamente inspiraria o conseqüente sentimento do dever no exercício dela, e concluía que os brasileiros não nasceram como os ingleses com hábitos já arraigados a este respeito em seu país; não se começa pelo fim, advertia o referido jurista. As grandes instituições, como os grandes pensamentos, comparava Pimenta Bueno, demandam espaço para produzirem os seus frutos. (VELLOZO, Athos Moraes de Castro. *Limitações à soberania do júri*.

Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20\(T%203385\).pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20(T%203385).pdf?sequence=1)
 Acesso em: 21 out. 2017. p. 53 e 54)

⁸⁴ FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 20 e 21

⁸⁶ GAROFALO, Baron Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown, and Company. 1914. p. 357

escrito, que prevalece no continente europeu, observa Heleno Fragoso⁸⁷: é a *common law*, cujas peculiaridades, no seu entendimento, já são bem conhecidas.

Não apenas a magistratura, como toda a administração da justiça na Inglaterra, apregoa ele, é cercada de “alta dignidade” e respeito, incluindo-se aí, a situação da advocacia, que se exerce com “profundo espírito público”. Daí, menciona Heleno Fragoso, Albert Morris afirmar que na Justiça criminal americana os advogados pretendem a vitória e não a justiça, ao passo que, na Inglaterra, o fim visado pela acusação e pela defesa é a descoberta da verdade. Frequentemente, aponta o doutrinador, acusação e defesa colaboram na investigação e na prova. Uma demonstração desse respeito pela justiça, revela o acadêmico⁸⁸, é dada pelas medidas que vigoravam para proteger a independência dos julgamentos, ao menos, no período em que Heleno Fragoso elaborou o texto em exame.

A Suprema Corte de Justiça (Supreme Court of Judicature), relata o estudioso, elaborara a teoria da “contempt of court”, destinada a prevenir e a punir qualquer ofensa ou influência estranha sobre o julgamento, inclusive, aquelas postas por meio de palavras e escritos que possam desviar a Justiça de seus fins ou interferir nas decisões. A imprensa não poderia, de forma alguma, exemplifica Heleno Fragoso, comentar ou criticar, a não ser em limites muito estreitos, as questões submetidas aos tribunais. Lord Hardwicke, em meados do século XVIII, anota o jurista brasileiro, já afirmava que nada é mais importante, para as Cortes e Tribunais, que evitar a publicação de notícias inexatas; nada possuiria consequências mais perniciosas do que prevenir o “espírito do público” pró ou contra uma das partes, enquanto a questão se encontrar sob *judice*.

Heleno Fragoso reforça o argumento indicando que tais práticas podem entravar a atenção das testemunhas e influir sobre a opinião dos jurados. E para que todos possam proceder com todas as garantias possíveis, menciona Heleno Fragoso, importa manter a pureza e clareza das Cortes de Justiça. A participação indevida da imprensa nos julgamentos era severamente punida na Inglaterra, relata o autor.

O *Criminal Justice Act*, de 1925, aponta o estudioso brasileiro, chegou a punir com multa de cinquenta libras o fato de fotografar ou desenhar para publicação, em qualquer Tribunal (criminal ou civil), qualquer das pessoas implicadas em um processo judicial. Se tais características ainda prevalecem ou não na sociedade inglesa é outra

⁸⁷ FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p. 21

⁸⁸ *Op.cit., loc.cit.*

proposta de investigação possível de ser posta em prática. Não obstante, o mais correto parece ser que, quer sejamos menos ou mais otimistas quanto à realidade social, política e cultural brasileira, esta apresenta-se muito distante desta que foi descrita por Heleno Fragoso a respeito do povo inglês.

Na questão levantada pelo autor, por exemplo, acerca da influência indevida dos meios de comunicação no que diz respeito ao julgamento dos crimes de competência do tribunal popular, no Brasil, ressalte-se que ela permanece ocorrendo livremente, especialmente quando se trata de casos envolvendo grandes figuras públicas ou populares. Antes de proceder a uma tentativa de consolidar tal modelo de órgão jurisdicional em nosso sistema estatal, ainda mais com o valor de um direito ou uma garantia fundamental, compreende-se que larga trajetória de desenvolvimento político e sociocultural deverá ser percorrida pela nação brasileira. Todos os apontamentos até aqui realizados, reitere-se, contribuem, com escassa margem de dúvida, no sentido de evidenciar; alguns, de forma mais indireta, outros, de forma mais direta; uma significativa problemática ou fragilidade que pode ser detectada a respeito da instituição do júri: o exercício de uma adequada e efetiva jurisdição pelo tribunal popular não é facilmente alcançado em qualquer contexto social, político e cultural.

Tal modelo mais tradicional de júri, de forma simplificada pondo e analisando, o qual, aparentemente, sempre conseguiu bem desempenhar suas funções na realidade do mundo anglo-saxão já, há longo tempo atrás, demonstrou-se de difícil adaptação em meio aos países europeus continentais da área de influência da *civil law*, onde, desde muito cedo, foi sendo substituído por modelos de jurisdição mista, a exemplo de escabinados e assessorados. É uma instituição que, se historicamente visitada, aparentemente, até demonstrou-se capaz de contribuir para o aperfeiçoamento político e democrático no caso de alguns países; entretanto, alegar sua essencialidade⁸⁹ neste

⁸⁹ Konrad Hesse escreve a respeito do objeto e função dos direitos fundamentais e inicia sua exposição teórica por um ponto ao qual denomina de a condição polifacética dos direitos fundamentais. O jurista alemão apregoa que os *direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e dignidade humana*. Reflita-se, então: a instituição do júri, no Brasil, em algum momento histórico ou no contemporâneo, serve como um instrumento que crie ou mantenha condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e dignidade humana? Se retirada a instituição do sistema político e jurídico brasileiro, restaria o processo de desenvolvimento democrático prejudicado de forma significativa? (HESSE, Konrad. ***Temas fundamentais do direito constitucional***. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73 e ss.) Já em sua obra *Elementos de Direito Constitucional*, Konrad Hesse afirma que nos direitos fundamentais estabelecidos pela Lei Fundamental alemã conjugam-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significados. Por um lado, anota o estudioso alemão, eles são direitos subjetivos, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito, mas também, acrescenta o jurista alemão, lá aonde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um

sentido é algo que requer análise caso a caso, não se trata de um pressuposto de aplicação generalizada, algo que deva ser tomado de forma prévia e atribuindo-se uma correlação necessária entre estes elementos.

Em Estados, como parece ser o caso brasileiro, primordial exigência se revela a execução de largos programas de investimento na educação básica de seus cidadãos para que possam surgir condições sociais e políticas visando à implementação do Tribunal do Júri como uma garantia a ser estabelecida a todo cidadão de participação efetiva e eficiente na administração da justiça, pois a proteção da liberdade individual, em termos jurídicos e políticos, há longo tempo, não parece ser mais o seu principal objeto de proteção. São condições muito avançadas, sociais e políticas, que se demanda para que seja possível assegurar seu bom desempenho institucional, sob pena de se caracterizar, como sói ocorrer no sistema jurídico brasileiro, como mais um instrumento ou instituição complementar apenas, quiçá, de caráter formal essencialmente, de participação do cidadão na administração pública; sem constituir, contudo, uma relevante garantia para, em sentido material, estabelecer e desenvolver um melhor funcionamento do seu regime político democrático. O jurista alemão Mittermayer já assentara, de forma clara e incisiva, que as instituições judiciárias, analogicamente estabelecendo, para terem bom êxito, também necessitavam de “clima, solo e cultura convenientes”⁹⁰.

A questão seguinte evidenciada pela doutrina de oposição do júri é de que *não se estabelece como uma correlação essencial, em um regime democrático, o fato de que a população exerça diretamente o direito ao voto ao de que ela deva exercer diretamente a função jurisdicional estatal*. Ainda que esta questão será trabalhada de forma ainda

âmbito de vida. *Por outro lado*, considera o doutrinador, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Perceba-se que, partindo desta última lição base dada por Konrad Hesse, poderia justificar-se a permanência da instituição do júri em meio ao elenco de direitos e garantias fundamentais constitucionais. Não seria difícil visualizar a ideia de que o direito de participação do cidadão no Tribunal do Júri seria um direito fundamental, um direito subjetivo, do particular, como uma das faces de um direito fundamental ainda mais amplo que é o de ter acesso à justiça. Todavia, considerando-se a configuração dada à instituição no sistema jurídico e político brasileiro e as condições sociais e políticas brasileiras contemporâneas, infelizmente, a esperança que o seu exercício proporcione o alcance de tais objetivos, dissolve-se de forma significativa. (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 228 e 229)

⁹⁰ Uriel Moeller revela que o povo alemão, no exercício da função do júri, raras vezes faz uso da possibilidade de se juntar para se sobrepor aos votos dos juízes magistrados, o que indicaria o alcance de uma maturidade política e social previamente dadas, não apenas no sentido de que se sentem responsáveis pelo que fazem, como reconhecem que a função demanda certos conhecimentos técnicos e científicos que devem ser aprendidos conjuntamente com os seus colegas membros profissionais permanentes da jurisdição estatal alemã. (MOELLER, Uriel. O “Júri” Alemão. O leigo no processo penal na Alemanha. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5694105> Acesso em: 05 nov. 2017 p. 61 a 86)

mais aprofundada, dentro de sua correlação com a democracia, numa tentativa de vislumbrar qual seria a melhor alocação do Tribunal do Júri dentro de um sistema de Estado Democrático de Direito, sob uma perspectiva essencialmente constitucional e de Teoria Geral do Estado, é válido, compreende-se, destaca-la desde este capítulo inicial do trabalho, pois revela-se sempre como ponto crucial cujas reflexões não podem ser esquecidas, assim como não o foram pela doutrina penal e processual penal explorada, tendo em conta que diz respeito à legitimidade política e jurídica estatal da instituição em exame. Desta feita, mencione-se que Heleno Fragoso⁹¹, por exemplo, já colocava o entendimento de que não existe paralelo em sustentar que o cidadão, assim como vota, deve julgar.

O cidadão, comenta o autor, vota para escolher um representante, alguém que tenha capacidade e competência supostas, para fazer as leis; a analogia do argumento, sugere ele, levaria à eleição dos magistrados, e não ao júri. A pobreza e a improcedência deste argumento, ressalta e refere o especialista⁹², seria declarada, de forma insuspeita, inclusive, por um dos próprios defensores do tribunal popular que fora Hélio Tornaghi que, já naquele período, compreendia que não mais se sustentaria a noção de que o júri seja uma garantia individual. As razões históricas, explica Heleno Fragoso, que, em pleno feudalismo, fizeram com que o colegiado popular assumisse o papel de “paládio da liberdade”, dando a todos um julgamento “por seus pares”, desapareceram nas sociedades modernas.

Não pois restaria, compreende o estudioso, motivo para que figure na Constituição, no capítulo dos direitos e das garantias individuais. Fosse essa a única razão de ser, reforça sua argumentação o penalista, ele deveria ser imediatamente abolido. Eis aqui, sem dúvida, referencial que ratifica abertamente a visão de que se pretende defender neste trabalho dissertativo: de que o Tribunal do Júri não revelaria mais condições fáticas, sobretudo, para ser alçado à categoria de direito ou garantia fundamental individual, especialmente no que diz respeito ao direito de liberdade individual e, como o autor o desqualifica em sentido amplo, tampouco como uma garantia essencial para participação do cidadão na administração da justiça.

⁹¹ FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p. 23

⁹² FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p. 23

Outra questão ou ponto frágil verificado no Tribunal do Júri diz respeito à *relatividade da representação popular exercida pelos jurados*⁹³. Da mesma maneira que ocorre com a questão anterior mencionada, esta também será trabalhada de modo mais aprofundado na parte deste texto dissertativo que trata da doutrina constitucional e de Teoria Geral do Estado, por colocar em foco também a legitimidade⁹⁴ política democrática estatal da instituição do Tribunal do Júri. As duas guardam, como “pano de fundo”, a discussão do problema das formas de representação do cidadão frente ao sistema político e jurídico estatal⁹⁵.

Entretanto, uma vez mais, é problemática que sempre vale a pena ser lembrada e cujos apontamentos a ela dirigida pelos teóricos de direito penal e

⁹³ Em entendimento análogo, coloca *Aury Lopes Júnior*: “Os jurados tampouco possuem a representatividade democrática necessária (ainda que se analisasse numa dimensão formal de democracia), na medida em que são membros de segmentos bem definidos: funcionários públicos, aposentados, donas de casa, estudantes, enfim, não há uma representatividade com suficiência democrática.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 741)

⁹⁴ Ainda, por *Aury Lopes Júnior*: “Noutra dimensão, aponta-se para a legitimidade dos jurados na medida em que são eleitos como se isso fosse suficiente. Ora, o que legitima a atuação dos juízes não é o fato de serem eleitos entre seus pares (democracia formal), mas sim a posição de garantidores da eficácia do sistema de garantias da Constituição (democracia substancial).” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 741)

⁹⁵ *Justiniano José da Rocha*, analisando o que ele nomeia de princípios da Teoria do Júri, registra suas considerações a respeito do princípio que prescreve que uma nação pode exercer por si mesma o poder de julgar, não devendo delega-lo. O autor faz concessão e concorda com a ideia de que, de uma maneira geral, é recomendável não delegar aquilo que se pode fazer pelas próprias mãos, de que é útil não complicar com “escusadas molas” a máquina social; entretanto, compreende ele, nem por essa razão, justifica-se que se enxergue em cada depositário da ação social um inimigo, nem um tirano em cada superior. O especialista refere que Voltaire sugeria ser uma espécie de escravidão estar sempre sujeito a uma sentença de outrem, e nunca poder impor-lhe a sua. Se se estivesse tratando dos interesses da vaidade, do amor próprio, pondera o jurista brasileiro, concordar-se-ia talvez com a proposição feita por Voltaire, não obstante, alega ele, trata-se de coisa “mais santa”, é de justiça, do “princípio vital” das sociedades que se trata argui o doutrinador. O que querem, ou deveriam querer os membros de uma nação, defende Justiniano José da Rocha, não é serem eles mesmos os juízes, mas sim, possuir bons juízes. O autor indica que se pode facilmente verificar que ficariam bem mais servidos, se fossem julgados por um homem “virtuoso”, versado no estudo das leis e da arte de julgar, e contra as prevaricações do qual existe uma responsabilidade nas leis e na opinião; do que sendo decididas suas contestações por doze pessoas escolhidas pela sorte, sem o necessário e preciso conhecimento das leis, pouco acostumadas, adverte ele, a “descobrirem” a má-fé em seus esconderijos, talvez mesmo, reitera o jurista brasileiro, de pouco probidade, e sobre as injustiças das quais nem a lei, nem a opinião podem exercer repressão alguma. Justiniano José da Rocha confronta a ideia de repugnância suposta por Voltaire, alegando que, se assim fosse, deveria ela ser contentada, nivelando-se todas as condições, aniquilando-se todas as superioridades; posto que, a inveja e a má fé, podem se revelar como uma espécie de escravidão no reconhecimento de qualquer superior, na sujeição a qualquer autoridade. Dever-se-ia, portanto, conclui o estudioso brasileiro, retorquir a consequência tão mal deduzida do princípio emitido e posto em análise, para que se entenda que a nação deve delegar todos aqueles poderes que por si mesma não pode exercer, ou que, exercidos por agentes delegados, alcançariam melhores condições de preenchimento da finalidade pública; e o Poder Judiciário sendo um destes poderes, assenta entendimento o doutrinador, logo deveria também ser exercido de forma delegada. (ROCHA, Justiniano José da. *Considerações sobre a administração da justiça criminal no Brasil, e especialmente sobre o júri*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de Seignot-plancher e C. 1835. p. 29 a 31)

processual penal também merecem ser destacados. Heleno Fragoso⁹⁶, entre aqueles acessados, foi autor que se destacou em noticia-la, revelando entendimento de que, apenas teoricamente, os jurados representam a vontade do povo⁹⁷. Conduzidos ao tribunal, alega o penalista, deixam de sentir e atuar como parcela do povo, como se “um pouco d’água do mar” recolhida num vaso deixasse de sentir o movimento das marés, simbolicamente coloca o estudioso, reproduzindo pensamento de Gabriel Tarde.

Afirma-se, por outro lado, menciona ele⁹⁸, que a “índole democrática” da justiça não reside somente na forma da participação popular⁹⁹, mas, especialmente, na maneira como é exercida, e por quem é exercida a justiça, bem como, acrescenta o doutrinador, na formação e origem dos juízes. Desse modo, aponta o acadêmico brasileiro, pronunciara-se Manuel Lopez-Rey Arrojo. Um corpo de jurados, anota Heleno Fragoso, que tenha instrução superior ou determinada renda, “certamente” não representa o povo.

Pode representa-lo, não obstante, contrapõe ele, um juiz independente e “culto”, identificado com a “consciência ético-jurídica na nação”. Enrico Ferri, acrescenta Heleno Fragoso, igualmente dizia que não se poderia verdadeiramente compreender como doze jurados, tomados “ao azar”, possam representar realmente a consciência popular, que tão frequentemente protestava e se revoltava contra suas “respostas”. Apenas alguns pontos mais radicais das afirmações feitas por Heleno Fragoso devem

⁹⁶ FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p. 23

⁹⁷ De acordo com a investigação executada por *Uriel Moeller*, o processo de escolha dos juízes cidadãos alemães também parece melhor regulamentado no sistema processual penal vigente, possui mais requisitos, melhor delineados, mais rigorosos, por assim entender, e abrange uma parcela mais significativa da população, tendo em conta que no sistema brasileiro, os cidadãos são preferencialmente indicados ou recrutados de listas de nomes de determinados tipos de órgãos, organismos, instituições ou associações sociais, entidades das quais uma imensa maioria dos brasileiros não se encontram inscritos ou não conseguem participar. Ou seja, no sistema processual penal alemão, a questão da representatividade da vontade geral do seu povo parece ser melhor atendida, conseqüentemente, contribuindo um pouco mais para que um senso de equidade popular dominante realmente possa interferir, positivamente, considere-se, corrigindo-se, dentro da legalidade, em conformidade com o direito e o sistema jurídico constitucional estatuído, os possíveis equívocos cometidos pelo legislador. (MOELLER, Uriel. O “Júri” Alemão. O leigo no processo penal na Alemanha. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5694105> Acesso em: 5 nov. 2017 p. 61 a 86)

⁹⁸ *Op.cit., loc.cit.*

⁹⁹ Nesse viés, escreveu *Eugênio Pacelli*: “Costuma-se afirmar que o Tribunal do Júri seria uma das mais democráticas instituições do Poder Judiciário, sobretudo, pelo fato de submeter o homem ao julgamento de seus pares e não ao da justiça togada. É dizer: aplicar-se-ia o Direito segundo a sua compreensão popular e não segundo a técnica dos tribunais. Nesse sentido, de criação de justiça fora dos limites do Direito positivo, o Tribunal do Júri é mesmo democrático. Mas não se pode perder de vista que nem sempre a democracia esteve e estará a serviço do bem comum, ao menos, quando aferida simplesmente pelo critério da maioria. A história está repleta de exemplo de eleições (legítimas) de ditadores inteiramente descompromissados com a causa dos direitos humanos.” (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 328)

ser relativizados, entretanto, o conjunto geral da crítica posta parece bastante coerente e bem assentada sobre a realidade histórica do júri.

O problema seguinte a ser tratado refere-se à *pretensa confiança do réu no julgamento procedido pelos seus “pares”, os jurados*¹⁰⁰. Outro argumento que sempre fora utilizado pela doutrina de sustentação do Tribunal do Júri, quase que num tom absoluto, era o de que um cidadão, na posição de réu, realmente confiaria estar sendo submetido a um melhor processo de julgamento, se fosse este conduzido pelas mãos seus concidadãos, seus “pares”, seus “iguais”; em outros termos, não pelas classes aristocráticas que comporiam e dominariam a administração estatal. Até que ponto, persiste a dúvida, poder-se-ia alegar que por serem membros de uma mesma nação, tais indivíduos seriam tão “iguais”, permeados a todo momento por interesses tão absolutamente convergentes que pudessem justificar conformação de um tão elevado sentimento de confiabilidade de um para com o outro?

Mesmo que, por exemplo, se tomasse a realidade política, econômica e social brasileira pela ótica mais extremada de “luta de classes” marxista, genericamente mencionando, o que não sói ocorrer efetivamente; ou que se assuma que o Brasil conta nos dias atuais com inúmeras e amplas garantias e direitos individuais, sociais e coletivos de melhor modo estabelecidos em nosso sistema político e jurídico, ao menos formalmente; sustentar alegação de que cidadãos sempre vão confiar, num tom quase platônico, no juízo de bom-senso e equidade uns dos outros resulta o mesmo que ignorar a realidade de que, mesmo no interior de suas próprias famílias, classes e outras formas de agrupamento sociais e culturais diversas, são eles obrigados a enfrentar e a conviver diariamente com conflitos de interesse e inimizade diariamente.

Não é intuito deste trabalho fazer as vezes de uma “militância” desejosa de que um maior grau de maturidade política e social não possa ser um dia alcançado; entretanto, por hora, cabe proceder a uma análise de caráter mais realista; quem sabe, levante-se a hipótese de que até um estudo mais aprofundado possa revelar que nem no mundo anglo-saxão, onde a instituição do tribunal popular parece ter melhor se estabelecido e melhor desempenhar a função para ela idealizada, não se possa identificar de forma efetiva tal grau de confiabilidade nos juízos promovidos pelos seus concidadãos.

¹⁰⁰ A respeito de tal discussão, *Paulo Rangel* toma o seguinte posicionamento: “No júri, os iguais não julgam os iguais, basta verificar a formação do Conselho de Sentença: em regra, funcionários públicos e profissionais liberais. E os réus? Pobres. Normalmente, traficantes de drogas e, excepcionalmente, Um de nós.”(RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 604)

Na história brasileira do júri, dificilmente se encontrará algum autor ou obra que tente desmentir ou desconstituir a verdade histórica de que grande influência era exercida pela aristocracia política-rural sobre os jurados, sobretudo no interior dos Estados-membros, o que resultou na ocorrência de “escandalosas” absolvições, como usualmente a doutrina costuma qualificar, de reconhecidos homicidas a serviço de seus patronados, mesmo diante das provas evidentes de culpa constantes dos autos do processo; em outros termos, como poderiam confiar em seus iguais, seus concidadãos, os jurados, sabendo de antemão que estes, no mínimo, por medo ou por ameaças concretas seriam induzidos a votar pela absolvição de supostos criminosos e assassinos.

A doutrina italiana examinada, sobretudo, também aponta ocorrência de grave problema semelhante que haveria ocorrido, especialmente no interior do país, por conta do domínio de certos grupos oligárquicos ou aristocráticos políticos e sociais e de grupos de organizações criminosas. Perceba-se que existem forte indícios de que se trata de um fator concreto que prejudicou, quiçá, possa prejudicar até nos dias de hoje, a confiabilidade e a imparcialidade do juízo promovido pelos juízes leigos, não apenas no Brasil, como em diversas outras partes do mundo. Neste sentido, inclusive, registre-se que Heleno Fragoso¹⁰¹, referindo-se à lição dada por Raffaele Garofalo, já assinalara que na Inglaterra, nos séculos XVI e XVII e na França, durante a Revolução e a Restauração, o júri fora quase sempre o “fiel servidor” dos mais poderosos; o júri se curvava a todas as tiranias – às do “trono” e às da população. Ou seja, existiriam indícios de que, nem no mundo anglo-saxão, o berço mais nobre da instituição, a sua trajetória tenha se dado de modo tão “romântico” como querem alguns defensores do tribunal popular induzir.

No mesmo sentido do preanunciado e argumentado acima, verificar-se-á que Justiniano José da Rocha¹⁰² apontava que os partidários do júri costumavam dizer que duas garantias importantes eram oferecidas pelo sistema do júri, que, por si mesmas, seriam responsáveis pelo balanceamento e compensação de quaisquer inconvenientes. A primeira, indicava o autor, seria a de que o jurado é “par” do réu; o algo que ele considerava como uma “ficção, pura ficção”, muito apregoada, concordava, mas sem reflexo na realidade, entendia ele.

¹⁰¹ FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p. 23

¹⁰² ROCHA, Justiniano José da. *Considerações sobre a administração da justiça criminal no Brasil, e especialmente sobre o júri*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de Seignot-plancher e C. 1835. p. 43

Em face disso, o jurista colaciona as seguintes questões: Em que consistiria essa paridade, essa igualdade? Seria nas condições sociais? Nas “fortunas”? Nas posições atuais? Consistiria essa paridade, lança hipótese o doutrinador¹⁰³, na “lembrança”, que deve carregar o jurado, de que talvez um dia esteja no lugar do réu, de que poderiam trocar-se as posições; ele, agora, juiz, passar a ser réu, e o réu a ser juiz? Admita-se, fazia concessão o especialista, que não seria algo absolutamente impossível de acontecer. Todavia, questionava Justiniano José da Rocha, essa “mutação teatral”, assim qualificava ele, que de futuro mais do que duvidoso pode se realizar, influiria por ventura no “espírito do jurado”? Se influenciasse, compreendia o estudioso, seria algo realmente pernicioso; tendo em conta que ninguém ignora que o desejo dos réus é que os absolvam, e não que os julguem.

A segunda garantia usualmente apontada seria a de que o jurado é cidadão diretamente interessado na “ordem da Cidade”; igual vantagem, argui o jurista¹⁰⁴, ofereceria o magistrado de carreira, pois não deixa de ser um cidadão da mesma forma, igualmente interessado na “boa ordem da Cidade”. Entretanto, relembra Justiniano José da Rocha¹⁰⁵, o réu possuía o direito de recusar até doze jurados, conforme legislação em vigor na época, e, assim, poderia obter um júri de sua confiança.

Examine-se o valor de um tal direito, propõe o especialista. Começa questionando se recusaria o réu os juízes leigos, que a sorte lhe for dando, por razão de seus nomes ou de suas feições? Que vantagem extrairia daí, se não obter “caras” de que goste ou nomes que lhe agradem? Regular-se-ia pela moralidade dos juízes, excluindo aqueles que lhe não fizerem conta? Mas, ordinariamente, assinala o jurista, ele não os conhece. Em que consistiria, pois, questiona o teórico, a vantagem do tão apregoado direito de recusar.

Pergunta que ele mesmo responde, em tom crítico, alegando que a referida vantagem seria indispor contra si os demais juízes; ofender, sem fundamentos, pessoas que não conhece. Porque, entende ele, as palavras “eu vos recuso por meu juiz” apenas podem significar: “eu desconfio de vossa probidade, ou de vossa inteligência”. Sugere o acadêmico que, para que se comprove a veracidade dessas últimas asserções, se consultem todos aqueles jurados que já tenham sido recusados. Não sentiriam eles uma

¹⁰³ *Ibidem*, p. 43 e 44

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 44

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 44 e 45

espécie de aflição, de indignação mesmo, quando ouviram, ao lerem seus nomes, uma das partes dizer: “eu recuso”?

Justiniano José da Rocha¹⁰⁶ conclui e conclama para que se cesse o desengano, para que se abandonem vãs teorias que não podem realizar-se; não se “arranque” os cidadãos de suas ocupações ordinárias, pois, de modo crítico, entende ele que tais cidadãos comparecerão ao júri, apenas para não pagarem uma “pesada muleta”, e, por esse mesmo motivo, se farão presentes de má vontade, de mau humor; desejando, ressalta o autor, que acabe depressa o julgamento, retornar depressa para casa, largar “essas funções”, que os “avexam”, assim coloca o estudioso, como avexa uma “casaca nova e apertada”, a aquele que costuma andar de “jaqueta”; comparação pela qual ele pede perdão, por não ser nobre; não obstante, acreditasse que fosse “justa”.

O ponto a ser tratado a seguir, em verdade, não difere em sua totalidade também do ponto imediatamente anterior visto, fenômeno constante nesta temática do trabalho, trata-se de problema histórico marcante da instituição do júri, do *mito da independência dos membros do tribunal popular*¹⁰⁷. Procedendo-se a uma análise mais abrangente, verifica-se que ambos preconizam que os cidadãos submetidos a procedimento jurisdicional restariam mais adequada e justamente julgados se seu julgamento não fosse proferido por agentes públicos “aristocráticos” e corrompidos, por assim dizer, ou pela visão tecnicista e “fria” dos magistrados profissionais, como costumam alegar os defensores mais fervorosos do júri.

No entanto, o primeiro partiria de um pressuposto de igualdade, especialmente a material, entre aqueles que ocupam as mesmas classes ou os mesmos níveis sociais, sobretudo, tendo em conta que as classes mais “baixas” sentir-se-iam mais seguras sendo julgados por aqueles semelhantes a eles, do que pelos membros das classes mais aristocráticas que, usualmente, ocupam os cargos de organização jurisdicional estatal. Este segundo, não obstante, estabelece um contraponto curioso: ele parece conceber que a confiança no julgamento de um cidadão por outro cidadão (do réu, pelos jurados,

¹⁰⁶ ROCHA, Justiniano José da. *Considerações sobre a administração da justiça criminal no Brasil, e especialmente sobre o júri*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de Seignot-plancher e C. 1835. p. 45 e 46

¹⁰⁷ Quanto a este aspecto, *Aury Lopes Júnior* estabelece o seguinte entendimento: “Argumenta-se, ainda, em torno da independência dos jurados. Grave equívoco. Os jurados estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e, principalmente, midiática, na medida em que carecem das garantias orgânicas da magistratura.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 741)

melhor dizendo) poderia ser atribuída a uma crença na maior independência e imparcialidade dos juízes leigos em relação aos juízes técnicos estatais¹⁰⁸.

Parece-se sugerir, neste último, não apenas uma independência com relação às influências das classes aristocráticas que lhes dominariam e manipulariam, como uma independência em sentido mais profundo, de uma imparcialidade mais “profunda” do ser humano, no sentido de um ideal político em que cada concidadão atuaria, sempre, politicamente para o bem comum de todos. Mais uma pressuposição que, tampouco, encontrará amparo na realidade, especialmente na realidade brasileira, infelizmente.

E neste trabalho, repita-se, não se milita pela permanência desse estado das coisas; pelo contrário, a proposta de estudo e reflexão aqui procedida, visa igualmente proporcionar uma singela contribuição para que se aprimore, ao menos no meio científico, este espírito de consciência coletiva; e o júri, na forma como constituído e opera dentro do sistema e realidade brasileira não parece estar servindo como um instrumento para tal finalidade. Nesse viés, noticie-se que Heleno Fragoso¹⁰⁹ já havia afirmado, de maneira direta e enfática, que a ideia de independência¹¹⁰ dos jurados constituía-se em um “mito”.

¹⁰⁸ Ressalte-se que, no que diz respeito ao processo civil, especialmente neste contexto notório do meio jurídico, prático e científico, de implementação do Novo CPC de 2015, pouco não tem sido o esforço do Poder Legislativo e do Poder Judiciário para que os cidadãos adiram a fórmulas de prestação jurisdicional alternativas, assim colocando, o exemplo dos institutos da conciliação, mediação ou arbitragem, que mesmo não sendo propriamente formas de juízo coletivo popular, são modelos jurisdicionais que prezam por uma participação mais ativa dos cidadãos na resolução dos seus próprios conflitos jurídicos trazidos perante o Estado. Não obstante tal empenho, o próprio cidadão, ainda que pese toda a crítica popular que se dirige aos órgãos do Poder Judiciário e seus membros, com frequência, parece refutar tais meios de resolução, revelando, não apenas, quem sabe, uma grande falta de confiança de bom senso e de juízo de equidade daquele que seria seu igual, seu concidadão, como, também, uma incapacidade política mínima de dialogar com o seu par, preferindo manter a confiança (até porque, no fundo, provavelmente, tenha certa consciência mínima da importância do conhecimento técnico-científico jurídico que deve alguém estar dotado para que se possa alcançar uma solução mais justa) nos tão criticados e aristocráticos membros oficiais da prestação jurisdicional estatal do que esforçar-se no sentido de aprimorar o seu próprio senso de equidade e sua consciência política democrática.

¹⁰⁹ FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em:

http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p. 23

¹¹⁰ Pela análise geral da leitura do trabalho empreendido por *Uriel Moeller*, verificar-se-á que, ainda que os juízes cidadãos alemães da atualidade não subscrevam as decisões por ele emitidas, são equiparados aos juízes magistrados, em direitos e deveres ressalte-se, em amplo espectro, no que diz respeito ao exercício de sua função e especialmente a sua responsabilização funcional. É verdade que no sistema brasileiro os jurados também possuem meios de ser responsabilizados, pois ainda que sejam apenas agentes públicos honoríficos, estão também sujeitos a diversas sanções penais, sobretudo aquelas relacionadas com a administração da justiça. A grande distinção é que, na instituição do júri brasileiro, especialmente no que diz respeito às razões e o sentido que cada um dá ao seu veredicto final próprio, revela-se difícil a perquirição de eventual culpa ou dolo infracional, pois estão escondidas, encobertas suas reais intenções pelos atributos do sigilo da votação, da falta de exigência de motivação expressa de sua decisão e da questão da soberania do veredicto, afora, como tantas vezes já mencionado, que podem julgar mesmo contra a ordem jurídica estatuída em nome da prevalência do senso de equidade popular. Perceba-se aqui outro ponto de progresso, pois não se parte de um pressuposto quase cego de que os

O problema seguinte a ser exposto também é fragilidade crônica de um standard de Tribunal do Júri como o do júri pátrio, embasado na soberania dos veredictos¹¹¹ e no sigilo das votações e corresponde à polêmica *possibilidade de separação do juízo de fato do juízo de direito*.¹¹² Entre os defensores do júri, até porque, por esse parâmetro se conduziria, tanto o modelo de júri anglo-saxão, como o modelo herdado especialmente pelo sistema de júri do padrão francês continental europeu, sempre se alegou que aos cidadãos se poderia dispensar a exigência de conhecimento técnico-científico jurídico, pois eles julgariam “apenas” os fatos, acrescentando ainda ao processo o “bom senso” de suas consciências e o seu “instintivo”, por assim dizer, juízo de equidade popular.

No entanto, qualquer pessoa ou estudioso introduzido no campo de conhecimento, da ciência jurídica é capaz de compreender que tal separação não pode ser tomada de forma tão estanque. Justiniano José da Rocha¹¹³, por exemplo, coloca que a divisão das questões de fato, e de direito, é geralmente a base proclamada da teoria do júri; e cumpre confessar, que se fosse verdadeira, considerava o autor, se em nada falseasse, em grande embaraço se encontraria, se se desejasse atribuir a vício de instituição os “desvarios” dos jurados. Mas, por infelicidade, lamenta o jurista, falseia, e falseia muito. O conhecimento do fato, que se supõe simplicíssimo, critica o estudioso, e sobre o qual se pretende que qualquer pode decidir-se com acerto, não é tão fácil como se afigura.

juízes cidadãos sejam necessariamente mais imparciais e independentes que os julgadores profissionais estatais, mesmo que no Tribunal do Júri se prevejam diversas normativas que o assegurem que o jurado estará isolado e livre, em tese, de influências indevidas, inclusive, dos demais colegas juízes leigos, enquanto estiver instalada a sessão do júri, como se, em regimes democráticos, a possibilidade do debate não fosse algo pertinente e essencial. (MOELLER, Uriel. O “Júri” Alemão. O leigo no processo penal na Alemanha. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5694105> Acesso em: 05 nov. 2017 p. 61 a 86)

¹¹¹ Sobre este controverso atributo do júri brasileiro, *Aury Lopes Júnior* registra: “Para completar o triste cenário, os jurados julgam por livre convencimento imotivado, sem qualquer distinção entre atos de investigação e atos de prova. Por derradeiro, o jurado decide sem qualquer motivação, impedindo o controle da racionalidade da decisão judicial.” (p. 742) “A supremacia dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 744)

¹¹² *Heleno Fragoso* sobre tal questão, assim pronunciou-se: “O que acaba de dizer é de uma correção indiscutível. É rigorosamente impossível o julgamento cingindo-se apenas aos fatos. Todo julgamento de uma conduta delituosa envolve necessariamente a aplicação do Direito. O juízo sobre a culpabilidade, o juízo sobre a ilicitude, o juízo sobre a legítima defesa, são juízos rigorosamente jurídicos, que envolvem, dentro de determinados pressupostos de fato, a necessidade de aplicação de conceitos jurídicos, que envolvem, dentro de determinados pressupostos de fato, a necessidade da aplicação de conceitos jurídicos. Essa é uma lição elementar que transparece, por exemplo, no livro de *Bettiol*, o eminente professor da Universidade de Pádua, de uma forma absolutamente nítida, precisamente quando procura demonstrar a absoluta indissolubilidade entre a matéria de fato e a matéria jurídica no julgamento que se faz de qualquer hipótese levada a um tribunal” (LIMA, Carlos de Araújo. *Os grandes processos do júri*. I Volume. p. 39)

¹¹³ ROCHA, Justiniano José da. *Considerações sobre a administração da justiça criminal no Brasil, e especialmente sobre o júri*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de Seignot-plancher e C. 1835. p. 32

É, na realidade, o conhecimento desse fato, e a sua classificação como crime, compreende ele, ou como ato inocente, o problema mais importante e de mais complicada solução, que se oferece ao juiz criminal. O conhecimento de direito, esse sim, entende Justiniano José da Rocha, é muito menos dificultoso; muitos seriam capazes de acertar. É portanto, assinala o autor¹¹⁴, complicadíssima a decisão do jurado; falseia, por conseguinte, o princípio que se dá por base desse sistema.

Entretanto, sugere o estudioso, verifique-se se é fácil, ou mesmo possível em qualquer acusação, separar o que é de fato, o que é de direito. Parece-lhe, analisa o jurista, “quimérica” uma tal divisão, ou pelo menos, seria difícilima, quando não absolutamente impossível. Nunca o juiz de fato é somente juiz de fato, coloca assertivamente Justiniano José da Rocha¹¹⁵, porque, explica ele, para saber se existe ou não crime no objeto de uma acusação, é essencial que previamente se compreenda o que é que constitui crime; e, leciona o autor, como não pode existir crime sem lei que o qualifique, é mister que se conheça todo o sistema de direito e toda a legislação positiva. Eis tudo, conclui Justiniano José da Rocha, o que é preciso para conscienciosamente se responder a uma pergunta desta espécie.

Enrico Ferri¹¹⁶, a seu turno, conforme revelado por António Macieira, entende também não ser possível separação do julgamento de fato e de direito, e é antes do crime e da pena a separação que se faz; todavia, assinala o jurista italiano, o que seria certo é que um julgamento não de simples percepção dos fatos, mas da reconstituição crítica das suas causas e efeitos, da sua apreciação psicológica.

Eduardo Magalhães Noronha também sinaliza compreensão no mesmo sentido dos demais colegas juristas. O autor¹¹⁷ alega não ser verdadeira uma afirmação que sugira que o júri julga apenas de fato e assenta, desde o começo, seu entendimento de que dificilmente o fato se separa do direito. O especialista indica que em capítulos anteriores desta sua obra consultada já havia referido que uma sentença (e o veredicto do júri, defende ele, não deixaria de ser uma sentença, pois condena ou absolve) é um silogismo em que a premissa maior seria a regra geral, a norma ou o direito; a menor, explica ele, o fato; e das duas alcançar-se-ia a conclusão, demonstrando-se, conseqüentemente, uma íntima relação entre fato e a matéria jurídica.

¹¹⁴ ROCHA, Justiniano José da. *Considerações sobre a administração da justiça criminal no Brasil, e especialmente sobre o júri*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de Seignot-plancher e C. 1835. p. 33

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 34

¹¹⁶ MACIEIRA, António. *Do júri criminal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1914. p. 83

¹¹⁷ NORONHA, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 316

A ausência de preparo técnico-científico jurídico dos membros do tribunal popular¹¹⁸ é o próximo defeito grave a ser apontado. Preliminarmente, assinala-se que se pode encontrar uma profunda conexão entre o aspecto problemático anteriormente trabalhado e este que será apresentado, pois, além de comporem um mesmo “pano de fundo” mais amplo da problemática do júri; verifica-se que o primeiro decorre diretamente deste segundo, visto que seria justamente tal falta de preparo técnico e científico dos jurados que obrigaria a esta delicada e perigosa operacionalização de uma forma de prestação jurisdicional que pretende separar a verificação dos fatos da aplicação das regras de direito propriamente ditas.

Ou seja, este primeiro ponto referenciado seria apenas um dos diversos problemas que decorreriam da ausência de competência¹¹⁹ funcional dos juízes leigos; mesmo que a doutrina favorável ao tribunal popular persista em sustenta-lo, sob a pretensa alegação de que se busque escapar à frieza do juízo profissional e privilegiar o bom senso e o juízo de equidade popular. Inicia-se o debate a respeito deste grave problema do Tribunal do Júri, reproduzindo as intensas considerações sobre este tema enunciadas por Nelson Hungria. De antemão, ressalve-se que não se deseja tomar de forma radical e extrema a completude da argumentação procedida pelo autor, muito menos ainda apoiar algumas noções preconceituosas trazidas pelo mesmo.

Não obstante, conceda-se, especialmente em casos como de Nelson Hungria, o direito de manifestação de sua indignação, pois escreveu em tempos em que o júri

¹¹⁸ “A falta de profissionalismo, de estrutura psicológica, aliados ao mais completo desconhecimento do processo e de processo, são graves inconvenientes do Tribunal do Júri. Não se trata de idolatrar juiz togado, muito longe disso, senão de compreender a questão a partir de um mínimo de seriedade científica, imprescindível para o desempenho do ato de julgar. Os jurados carecem de conhecimento legal e dogmático mínimo para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolvem a análise da norma penal e processual aplicável ao caso, bem como uma razoável valoração da prova.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 741)

¹¹⁹ Trabalhando com o tema da competência, Carlos Ari Sundfeld anota que, ao desempenharem o poder, os governantes exercitam competências, não direitos subjetivos. O juiz, o legislador, o administrador, não possuem o direito, respectivamente, assinala o acadêmico, julgar, legislar ou administrar, mas, sim, competência para fazê-lo. A expressão competência utilizada no direito com intenção muito bem definida, ressalta o autor. Significa-se, com ela, indica o estudioso, que o poder conferido pelo ordenamento, cujo exercício só é lícito se realizado: 1) pelo sujeito previsto; 2) sobre o território sob sua jurisdição; 3) em relação às matérias indicadas na norma; 4) no momento adequado; 5) à vista da ocorrência dos fatos indicados na norma; e, especialmente 6) para atingir a finalidade que levou à outorga do poder. Em outros termos, a competência é um poder intensamente condicionado, acentua o especialista. A seu turno, com o termo direito subjetivo, entende Carlos Ari Sundfeld, designa-se a possibilidade de ação conferida pelo direito aos sujeitos, para que estes realizem seus interesses pessoais (não para a realização de interesses alheios ou objetivos, distingue o teórico). Por essa razão, conclui o autor, o direito subjetivo é um fim em si mesmo. A competência (e este é seu mais importante condicionamento, defende o estudioso) é sempre outorgada pela norma, para que de seu exercício resulte atendida certa finalidade, estranha ou exterior ao sujeito. A competência, registra o acadêmico, é um meio para atingir fins determinados. Portanto, conclui ele, a competência é um poder vinculado a determinada finalidade. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2010. p. 112)

brasileiro estava procedendo a absolvições evidentemente distorcidas; período que, aparentemente, nem a doutrina favorável do júri parece combater sua constatação histórica. Além disso, impõe-se de modo relevante, registrar neste trabalho algumas palavras mais enfáticas sobre esta temática, sob pena de que a sua discussão termine por desembocar no polo extremo da sua amenização, o que seria pouco razoável, pois parece que ela restou já excessivamente amenizada na doutrina processual penal contemporânea, como mínimo, pode-se sugerir, mais do que seria desejável.

Nelson Hungria¹²⁰ compreende que se vive em tempos em que a chave do progresso está na divisão do trabalho e na especialização das funções. Na amplitude e complexidade crescente da experiência científica, alega o estudioso, o êxito de qualquer arte, ofício ou profissão está condicionado ao particularismo e tecnicismo de conhecimentos. O especialista e o técnico, alega o doutrinador penal, são procurados e escolhidos, porque apenas eles realizam o ideal prático do “right men in the right places”. A improvisação, entende o jurista, ainda que lastreada pela mais provida inteligência e o mais equilibrado bom-senso, já não pode ter possibilidade de sucesso.

Nelson Hungria sugere que, sem o “aturado apercebimento” dos métodos e critérios cientificamente preconizados e sem a habilidade específica que apenas o continuado treino pode proporcionar, o exercício de qualquer atividade material ou intelectual estará inevitavelmente fadada ao malogro. Existe um setor da vida social, compreende o especialista¹²¹, que ainda se exime ao imperativo categórico da convocação dos capazes, persistindo em oficializar o “culto da incompetência”: é o da administração da justiça penal, com a rotineira conservação do “famigerado”, assim qualifica ele, Tribunal do Júri. Representa este, menciona jocosamente o autor, o mesmo que um “agrupamento de sapateiros ou calafates’ apregoados para o concerto do mecanismo de um relógio, ou uma reunião de vereadores de Santo Antônio Pílão Arcado ou de São José do Grugutuba para decidirem sobre a reforma cambial.

A justiça penal, leciona o acadêmico¹²², tornou-se, com os modernos estudos bio-psico-sociológicos do criminoso e do crime, uma função que envolve a aprofundada pesquisa da “alma humana”, a análise dos fatores criminógenos, a crítica esclarecida de cada caso ocorrente para o ajustamento da reação penal à personalidade concreta do delinquente ou ao caráter sintomático da conduta criminosa. Já não se pode mais, argui

¹²⁰ HUNGRIA, Nelson. *A justiça dos jurados*. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/347/291> Acesso em: 13 nov. 2017. p. 13

¹²¹ *Ibidem*, p. 14

¹²² *Op.cit.*, *loc.cit.*

o estudioso, deixar-se inspirar por sentimentalismos “espúrios”, por ódios vingativos ou ditames de piedade. Não é rigor fanático de inquisição, nem obra de caridade da Irmã Paula, jocosamente, de novo, fala o doutrinador.

A justiça penal emocional, verifica ele, cedeu o passo à justiça penal friamente analítica, aos serviços do superior e exclusivo interesse da defesa social contra o flagelo da criminalidade. Já não pode interferir com a sua aplicação, entende o acadêmico, o conceito de Pascal, de que o “o coração tem razões que a razão não compreende”. O juiz sentimental, o juiz “a Magnaud”, coloca o especialista, é um “retardatário”, um “cabotino”, ou um “prevaricador”. Embora se compreendam o criminoso e o crime como “atestados” da contingência humana, faz concessão Nelson Hungria¹²³, não se há de perdoá-los, substituindo-se o Código Penal pelo “Sermão da Montanha”.

A impunidade de um criminoso, afirma ele, é o maior estímulo para outros. O “dia do perdão” para um crime é a véspera de novos crimes, adverte o autor. Por outro lado, bem anota o penalista brasileiro¹²⁴, a justiça penal configura-se como todo um sistema de lógica, de técnica, de análise comparativa, de crítica psicológica, a reclamar, explica ele, dilatada experiência e continuado exercício mental de deduções e induções. Para concatenar e avaliar provas, prescreve o estudioso, evitando-se o deplorável descarrilamento da justiça penal, não basta o superficial e desprevenido senso comum, pois é, sugere ele, indispensável exercitada perspicácia, “amestrado” raciocínio, atenção vigilante e traquejado “espírito” de observação.

Enrico Ferri¹²⁵, por sua vez, em texto extraído de sua obra “Sociologia Criminal”, de enfoque menos opinativo e mais técnico propriamente dito, também faz alerta a respeito da questão de falta de cientificidade que permeia a decisão dos tribunais do júri. “Conhecimentos científicos suficientes”; assinala o autor, este é o princípio que deve determinar a reforma fundamental da magistratura penal (nesse ponto, fazendo referência à problemática do sistema processual penal italiano daquele tempo), que dá a vez a um “golpe mortal” à instituição do jurado, cuja supressão para os delitos comuns, analisa ele, junto a uma mais eficiente eleição dos magistrados e a melhores garantias de independência, constitui a última das reformas que a escola positivista reclama, em nome da razão primeira e das condições finais de um verdadeiro juízo penal.

¹²³ HUNGRIA, Nelson. *A justiça dos jurados*. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/347/291> Acesso em: 13 nov. 2017. p. 14 e 15

¹²⁴ *Op.cit., loc.cit.*

¹²⁵ FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Madrid: Centro Ed. Gongora, 1907. v. 1. p. 236

O penalista italiano comenta que se invoca em favor do jurado os princípios de liberdade. Entretanto, ressalva o jurista, em uma questão de ciência, é dizer, de justiça penal, não é nem ideal democrático nem o aristocrático o que precisa recordar, senão o critério da capacidade científica. Teodor Jouffroy, refere Enrico Ferri¹²⁶, assistindo a uma lição de Carmignani contra os jurados exclamou: “vós salvais a lógica, mas matais a liberdade”.

Sem averiguar se a liberdade é possível fora da lógica, alega o doutrinador italiano, o fato é, sem dúvida, que o jurado se representa com um predomínio demasiado grande de seu aspecto político, para não abrir o caminho às declamações e aos critérios unilaterais. Daqui, entende ele, os “entusiasmos fáceis” para esta instituição judicial, que se apresenta ao sociólogo criminalista baixo um aspecto bem diferente.

Von Ihering, a seu turno, segundo o relato de António Macieira¹²⁷, busca no exército a imagem com que mais vivamente defende a sua tese. Para ele, expõe o estudioso português, o juiz de carreira é o soldado de linha, o jurado, o soldado da guarda cívica. Para o primeiro, de acordo com von Ihering, o dever militar, a disciplina é um sentimento tornado hábito, que é cego perante as paixões e fraquezas, forte na defesa da pátria e obediente aos princípios militares; o magistrado, por honra profissional, é inflexível perante a lei. Para o jurado, como “militar de ocasião”, entende von Ihering, a lei é uma “arma transitória”, em que pega sem espírito de disciplina e obediência.

António Macieira¹²⁸ também registra que Raffaele Garofalo, criminalista e magistrado italiano, que se ocupava do júri em seu país, afirma que a instituição popular é fonte de injustiças que comete, devidas principalmente a sua “ignorância”. Raffaele Garofalo, conforme, António Macieira, revela-se capaz de apontar vários exemplos de respostas absurdas dadas pelos jurados em seu tempo. E, apoiado nas impressões de Turiello, conclui que na Itália, ao menos daquela época, o júri não era capaz de perceber o alcance das perguntas que lhe eram feitas, desvirtuando inconscientemente as explicações que lhe eram dadas, sendo facilmente impressionável e “ignorante”.

O estudioso português ainda faz anotações sobre as lições de Jean-Gabriel de Tarde¹²⁹. Entende este último doutrinador que cada idade possuía as provas correspondentes à sua índole. O especialista francês considera que júri corresponde

¹²⁶ *Ibidem*, p. 237

¹²⁷ MACIEIRA, António. *Do júri criminal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1914. p. 78

¹²⁸ *Ibidem*, p. 86

¹²⁹ *Ibidem*, p. 89

àquela idade em que o “bom senso” era a base da filosofia dominante. Esse tempo passou, anuncia ele, como o período divinatório; o júri passa como as órdálias, como a tortura. O futuro, alega o teórico francês, foi uma “epidemia”, como a tortura que se generalizou rapidamente.

Raúl Carrancá y Trujillo¹³⁰, discorrendo acerca do juiz penal, afirma que na tarefa global da Política Criminal, ao juiz penal tocara tão somente a técnica jurídica. Mas esta técnica, adverte o autor¹³¹, não a conhecerá nem a aplicará se carece da devida especialização jurídica e criminológica, o que de nenhum modo quer dizer que não tenha que ser um jurista, pois somente o direito, ciência social permite valorar as consequências sociais de uma conduta delinquente.

O advogado e penalista mexicano registra¹³² que, já naquele período da história, o Congresso Penitenciário de Londres (1925), no III Congresso Internacional de Direito Penal de Palermo (1933), no XI Congresso Penal e Penitenciário Internacional de Berlim (1935), no Primeiro Congresso Internacional de Criminologia de Roma (1938), no III Congresso Científico Pan-americano de Lima (1924) y no Primeiro Congresso Latino-americano de Criminologia de Buenos Aires (1938), havia-se debatido e acordado soluções a respeito do problema da especialização do juiz penal. No último evento, comenta o especialista, declarou-se que a Justiça Criminal, pela natureza técnica das questões e os delicados problemas jurídicos que suscita, deve ficar a cargo de Tribunais de Direito. Assim como, relata ele, restou entendido que os funcionários da Justiça Criminal, sobre a base de uma cultura humanista e de especialização jurídica, devem complementar sua preparação científica com o estudo das matérias relativas à personalidade do delinquente, à técnica de investigação criminal, etc.

Não se almeja, neste trabalho, conduzir a solução dos problemas do júri totalmente ao seu polo extremo. Se a doutrina clássica de defesa do tribunal penal popular parece “passar por cima” da questão de qualificação jurídica e científica, em nome de um ideal político (que até, de algum modo, se desejaria pudesse ser realizável no plano concreto) também não se deseja reduzir a realidade ao puro tecnicismo e cientificidade. Entretanto, a importância de registrar o que opinava o referido doutrinador mexicano, deixando-se de lado alguns de seus excessos, é de que ele defende com bastante propriedade a importância do viés técnico e científico que corre

¹³⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano: parte general*. 2. ed., rev. y adicionada con índices México : Antigua Librería Robredo, 1941. p. 52

¹³¹ *Ibidem*, p. 52 e 53

¹³² *Ibidem*, p. 53 e 54

por trás do juízo penal e de como seus agentes, sejam os juízes diretamente falando, sejam os demais agentes da Justiça Criminal, devem estar devidamente capacitados nesse sentido; uma menção inovadora do autor, pois estende a exigência aos demais funcionários de apoio ao trabalho jurisdicional, não limita apenas aos próprios julgadores.

Acrescente-se a isso a constatação feita pelo autor de que, já naquela época, idos da década de trinta e quarenta do século passado, mesmo que por meios transversos, quiçá, debaixo de uma criticável influência positivista, um trabalho de anos de debates coletivos identificaram essa necessidade tão importante de qualificação jurídica e científica que se requer para a prestação de uma eficiente e mais justa prestação jurisdicional penal.

Eduardo Magalhães Noronha¹³³ também não destoa dos demais autores no seu posicionamento geral quanto a esta temática. O autor, exemplificativamente, coloca a questão de como seria possível a um jurado leigo apreciar em toda a extensão o que seja a coação irresistível ou estrita obediência hierárquica, se entre os próprios juristas discutir-se-ia ainda, ao menos naquele período, qual sua natureza jurídica¹³⁴: se causa excludente de culpabilidade ou de antijuridicidade?

Já naqueles tempo, Eduardo Magalhães Noronha¹³⁵ menciona que Asúa já escrevera que, em tempos atuais, “ministrar” justiça penal tornara-se tarefa muito delicada e difícil, que demandava uma quantidade mínima de conhecimentos ainda maior; o juiz leigo restaria “sem papel” na justiça criminal, reproduz o jurista brasileiro o entendimento de seu colega latino-americano.

¹³³ NORONHA, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 316 e 317

¹³⁴ Em considerações convergentes a tal questionamento, sobre a “textura aberta do direito”, *Herbert Hart* leciona que existe, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. O autor ainda ensina que, seja como for, a vida do Direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privado, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este fato saliente da vida social continua a ser verdadeiro, reforça o jurista, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (seja escrita, seja aquela comunicada por precedente) a um caso concreto. Na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, registra o estudioso, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*; tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 2007. p. 148 e 149)

¹³⁵ NORONHA, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 317

Na continuidade, antes de verificar o que falou diretamente Rudolf von Ihering sobre esta temática, coloca-se que se deve aproveitar deste renomado jurista alemão o que se apresenta de forma razoável em sua fala ou argumentação, filtrando-se o que seriam seus excessos ou radicalismos que, se extraídos, compreende-se, não se retira com força suficiente a veracidade, a ideia e a qualidade geral de seu posicionamento nesta temática¹³⁶.

A primeira virtude do juiz profissional, assinala o jurista alemão¹³⁷, seria a submissão a lei, e tal submissão, ressalta ele, demanda uma educação prévia, algo que não chega a ser uma inverdade no que diz respeito a juízes leigos, mas, com certeza, há de se concordar, especialmente na hora de dar a palavra final sobre o caso, é algo que pesa ou é muito mais encarecido a um julgador oficial. A disciplina para o “velho militar” graças à duração do serviço, torna-se um hábito, uma “segunda natureza”, a tal ponto que a insubordinação e a indisciplina seriam insuportáveis. Outro tanto, compara o autor, se passa com o juiz a respeito de sua submissão à lei.

Todo o exercício continuado de uma certa virtude, argui o estudioso, produz o “feliz” resultado de a tornar “fácil”, e mesmo “necessária”, a tal ponto que o homem não pode esquecê-la sem ter consciência de sua abdicação. Esta verdade, propõe o doutrinador alemão, acentuar-se-ia ainda mais quando se verifica que tal virtude seria a base da profissão e dos deveres de uma classe inteira. Os “hábitos” de uma classe,

¹³⁶O legislador constituinte alemão, comparativamente analisando-se, não colocou este órgão na previsão constitucional, sobretudo, não o coloca em entre o elenco de seus direitos e garantias fundamentais, em outros termos, soube perceber que se trata de um caso em que o instrumento, o meio não se confunde com o direito que se deseja proteger, não o tomando como única ou fundamental solução para tal finalidade. O regulamenta entre os demais órgãos jurisdicionais estatais e, como aponta *Uriel Moeller*, ao menos, formalmente, não lhe atribui um caráter especial, mantendo-o num mesmo tronco, por assim dizer, dos demais procedimentos processuais penais, além de acrescentar no seu rol de competência jurisdicional crimes leves e crimes graves. Em verdade, esta última diferença apontada representa dois avanços. O primeiro é de que aqueles que exercem função de jurado realmente participarão de forma mais ativa da administração da justiça estatal e teriam condições de desenvolver de forma mais efetiva seu espírito político, pois não participam apenas do juízo de um tipo de infração criminal, além disso, retome-se que são escolhidos para mandatos de cinco anos, o que determina com que, gradativamente vão aperfeiçoando seus conhecimentos jurídicos e a técnica jurisdicional, tornando-se mais profissionais, desta forma sugerindo, e, conjuntamente aprimorando seu senso político democrático, pela constância do exercício da função, como bem reclama *Rudolf von Ihering*. O segundo ponto é de que se ameniza significativamente a questão do problema de tratamento desigual entre o conjunto dos cidadãos que esteja sendo submetido a processo criminal perante o Estado, pois como mais crimes estão previstos no seu rol de competências, mais deles são julgados debaixo dessas mesmas condições, adicionalmente a este aspecto, mencione-se que os jurados alemães devem julgar pelo seu livre convencimento, como qualquer outro agente jurisdicional, não lhes sendo possível julgar apenas com base na sua consciência e ainda em oposição aos mandamentos da Lei Fundamental alemã. (MOELLER, Uriel. O “Júri” Alemão. O leigo no processo penal na Alemanha. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5694105> Acesso em: 05 nov. 2017 p. 61 a 86)

¹³⁷IHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand JOSÉ BASTOS & C.a. Editores, 1818-1892. p. 274

compreende Rudolf vohn Ihering, o “poder dos costumes” que deles resulta, isto é, esclarece ele, a “moralidade particular”, a honra profissional, a “disposição do espírito”, que é a sua consequência, tornar-se-iam, sugere o autor, dentro de uma mesma classe, tão “poderosos”, tão imperiosos, que nenhum dos seus membros pode ataca-los sem se “desconsiderar a si mesmo”; o cumprimento do dever funcional converte-se em uma “questão de honra”, isto é, diz ele, na condição do respeito dos outros e da estima de nós mesmos.

Apenas o “espírito de casta”, alega o estudioso, pode fazer nascer qualidades necessárias a profissões que dentro dela se exercem; e desenvolvem-nas tão bem que, mesmo antes de haver adquirido pela experiência individual a “convicção” da sua necessidade, o principiante dessa profissão, coloca o professor alemão, vai para ela já totalmente “impregnado” desse “espírito”, e sente-se “penetrado” do sentimento da honra profissional, que lhe revela o “caminho a seguir”. Cada “recém-chegado”, entende ele, recebe assim involuntária e inconscientemente a sua parte num “tesouro de experiências” e de modos de ver particulares, insensivelmente acumulados, que por sua vez conserva e transmite. É a “lei vital”, conclama o doutrinador, não escrita, da classe na qual ele se alista, desenvolvida sob a forma do espírito de casta.

É sobre estes dois elementos, ressalta o especialista; “espírito contínuo de uma virtude arvorada em dever” e “influência moral da tradição”; que se basearia a “superioridade” do juiz de carreira sobre o juiz de ocasião – o jurado.

Novamente, chama-se atenção, a despeito da idealização do autor no que diz respeito à classe da magistratura, difícil contestar o autor que sua teoria encontra respaldo na realidade, porque em “termos médios”, ainda que não perfeitos como ele sugere, tudo isso parece efetivamente permear a classe dos juízes togados, mesmo entre aqueles mais “rebeldes” ou “displicentes” que se deseje qualificar.

Não se trata apenas de uma “simples” superioridade técnica, argui Rudolf von Ihering¹³⁸, a superioridade profissional sobre o amador, de conhecimentos mais amplos, de uma habilidade maior, mas também de uma “preeminência moral”, qual seja, esclarece ele, a do hábito de obedecer à lei e o exercício da força de vontade para o fim determinado. É na “rude” escola da disciplina militar que o “soldado” começa por aprender a subordinação, coloca analogicamente o autor¹³⁹; é no “exercício da justiça”,

¹³⁸ IHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand JOSÉ BASTOS & C.a. Editores, 1818-1892. p. 274 e 275

¹³⁹ *Ibidem*, p. 275

reitera o jurista alemão que o juiz “aprende a submeter-se à lei”. O “exercício da judicatura é a escola da justiça”, alega o doutrinador; em questão similar, observe-se aqui, se apoia a doutrina de defesa do júri, dizendo que tal seria um dos objetivos do júri, de aprimorar a “sensibilidade” jurídica e política dos cidadãos por meio de uma oportunidade, ainda que temporária, de exercício jurisdição; mas perdem de vista que isto se alcança com um exercício técnico¹⁴⁰ e constante, como quer dizer Rudolf von Ihering, e não por uma meio de uma participação esporádica em uma sessão de júrio popular.

O que faz o juiz, sugere o especialista, é a “primeira das noções” que ele deve adquirir; obedecer “estritamente” à lei, deixar de lado “toda” a consideração pessoal, conservar “a balança em equilíbrio” entre o rico e o pobre, entre o “patife” e o homem “honrado”, entre o usurário e sua vítima, “fechar os ouvidos” às lamentações do miserável, aos “gemidos” daqueles cujo esposo ou cujo pai irão ser “feridos” pela sentença. Não se trata, esclarece o doutrinador alemão, de “esbulhar” o “mau homem”, trata-se de impor silêncio a “instintos generosos”, e esta, aponta o jurista, constitui uma das mais “duras provações” que o serviço da justiça impõe, e pode comparar-se a que sofre o soldado a quem se ordena que fuzile um “camarada”.

São com efeito, concorda Rudolf von Ihering, a piedade, a humanidade, a compaixão, são todos os mais nobres sentimentos que se erguem para se opor à lei; e, para cumulo, verifica ele, ajunte-se a isto uma hipótese em que o juiz, quando a culpabilidade do fato pareça duvidosa, tenha de aplicar uma lei que “briga” com o seu “sentimento jurídico”, a que comina pena de morte, exemplifica ele, e compreender-se-á todo o alcance da expressão “obediência à lei”. Pode uma tarefa “desta ordem”, questiona assertivamente Rudolf von Ihering, ser confiada ao “primeiro leigo” que se assenta no banco dos jurados hoje e que amanhã o deixa para sempre? Isso equivaleria, analisa o autor, a exigir um soldado da “guarda cívica” a mesma “disciplina” do soldado

¹⁴⁰ Uriel Moeller, explicando o funcionamento e as características do “júri” alemão contemporâneo, constata que, no sistema processual penal alemão, o órgão jurisdicional de participação popular apresenta significativos progressos, no sentido de que não deixa escapar tão fortemente a questão do preparo técnico que demanda o exercício de aplicação do direito que culmine na prolação de uma sentença que pode ter como consequência o cerceamento da liberdade do cidadão processado perante o Estado em causas criminais, pois, da decisão final, da parte principal do processo, possuem direito a participar, com igualdade de valoração de votos, juízes leigos e juízes togados. Principal problema do Tribunal do Júri brasileiro que, no momento de votação do veredicto final deixa o jurado livre para votar conforme sua consciência e seu senso de equidade, sem necessidade de expressa motivação e, em última instância, decidir mesmo em sentido contrário ao que determina a lei. (MOELLER, Uriel. O “Júri” Alemão. O leigo no processo penal na Alemanha. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5694105> Acesso em: 05 nov. 2017 p. 61 a 86)

“de linha”. Não existe entre estes dois, compara o jurista alemão, maior diferença que entre o juiz de carreira e o jurado.

O primeiro, coloca Rudolf von Ihering¹⁴¹, é “soldado de profissão” em serviço nas “fileiras do direito”, que fez do exercício da justiça um hábito, uma segunda natureza, que tem a sua honra empenhada nela; o segundo, a sua vez, indica o autor, é o soldado da guarda cívica, para quem o “uniforme” e a “arma” são coisas de “ocasião”, e que, chamado por acaso a representar de soldado, se sente cidadão e não soldado; pouco importa, reitera o especialista que ele carregue com todo o “equipamento militar”; falta-lhe aquilo que faz o “verdadeiro soldado”, que é o “espírito” da “disciplina” e da “subordinação”.

A experiência pode demonstrar, defende-se Rudolf von Ihering¹⁴², se julga o jurado com excessivo rigor; forneceria esta, assinala o autor, milhares de ocasiões em que a materialidade do crime estava demonstrada à evidência, e em que contudo, ressalta o estudioso, os jurados absolveram o criminoso, desprezando abertamente a lei e recusando-lhe obediência porque ela contrariava a sua opinião. O curioso deste registro feito pelo especialista alemão é de que, ao menos em tempos de outrora, o problema das absolvições desmensuradas por parte do Tribunal do Júri não fora um problema exclusivo do júri logo depois de suas primeiras décadas de instalação no Brasil no tempo do Império.

Seria um indício de que tão pouco, mesmo com as condições sociais, políticas e culturais da Europa continental naquele tempo, nem lá a implementação conseguirá se estabelecer neste molde mais tradicional. A segurança do direito, isto é, afirma o doutrinador alemão¹⁴³, a certeza de que a lei será “sempre” e “uniformemente” aplicada desaparece; no lugar da lei “igual para todos”, adverte o autor, vem colocar-se o sentimento individual, incerto e invariável dos jurados, isto é, o arbítrio, o acaso.

Sob tal condição, analisa Rudolf von Ihering¹⁴⁴, um determinado acusado seria absolvido, enquanto outro, que praticou a mesma infração penal, seria condenado; o primeiro, reitera o estudioso, ir-se-ia livre, o segundo subiria ao “cadafalso”. E quem ousaria, questiona o jurista alemão, asseverar que um tribunal, que hoje se coloca acima

¹⁴¹ IHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand JOSÉ BASTOS & C.a.

¹⁴² *Ibidem*, p. 276

¹⁴³ IHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand JOSÉ BASTOS & C.a.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 277

da lei para absolver um culpado, não viria fazer o mesmo no dia seguinte para condenar um inocente?

Quando se abandona o caminho direito da lei, alega o especialista, já não resta razão alguma para tomar pela direita em vez de tomar pela esquerda. Acabar-se-ia entregue aos “caprichos da multidão”, às suas “opiniões de momento”: hoje, ilustra ele, ver-se-ia os realistas condenando os republicanos; amanhã os republicando desferrar-se-iam condenando os realistas; hoje, prossegue ele, os conservadores feririam os liberais, que amanhã, por sua vez, aprisionariam os conservadores.

Permitir aos jurados que “corrijam a lei” (não que juízes togados não procedam a algo semelhante, até por demanda inerente da natureza imperfeita do direito; mas, ao menos, em tese, tiveram um preparo técnico-científico prévio) é meter-lhe nas mãos uma “espada de dois gumes”, com a qual eles feririam, de acordo com as circunstâncias, talvez aquilo mesmo que os partidários do júri não desejassem ver ferido.

Rudolf von Ihering¹⁴⁵ coloca que resumiria sua opinião acerca do júri afirmando que, abstraindo-se sua independência em relação ao governo, os jurados possuem, sob todos os pontos de vista, as qualidades que um juiz não deveria ter; qualidades que, então passa enumerar. O autor coloca que jurados desconhecem o direito, que só o estudo ensina; são desprovidos do senso da legalidade que apenas a profissão pode proporcionar, e da independência do juízo que apenas a prática pode formar.

Desprovidos de todas essas qualidades, reitera o estudioso alemão, chegam à cadeira já perfilhando talvez a opinião do público ou a da imprensa; fáceis de comover, entende o especialista, deixam-se deslumbrar pela arte do defensor, que sabe que “teclas” há de ferir: o seu coração, a sua humanidade, os seus preconceitos, os seus interesses, as suas opiniões políticas. São acessíveis, evidencia o autor, no momento de votarem, a toda forma de influência de uma opinião contrária à sua, mas que é exposta com autoridade, e que, contudo, eles rejeitariam se o tivessem deixado entregues a si próprios, e sobre a qual lançam a responsabilidade do resultado.

No restante deste ponto teórico, o autor tece comentários em que reconhece que tal modelo tradicional de Tribunal do Júri possuía efetivamente algum valor histórico e político de, ao menos, momentaneamente, ter contribuído para desprender a justiça estatal das amarras dos governos autoritários de tempos absolutistas e medievais,

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 278

entendendo pela sua relevância em efetivar a transição para um modelo de Estado de Direito pelas nações.

Por último, Rudolf von Ihering, posiciona-se favorável a implementação adequada dos escabinados, com a devida atenção ao desenvolvimento técnico que deve se assegurar aos juízes leigos, pois não rejeita completamente a ideia de que o cidadão possa participar na administração da justiça. Ou seja, ao final, apesar das fortes críticas que atribui ao júri, o jurista alemão revela sua capacidade e senso científico realista, relativizando um pouco o que antes alegara; comparativamente colocado ao texto de Rui Barbosa, o teórico brasileiro mais representativo de defesa do júri, que aparece no decorrer deste texto dissertativo, conquista um “ponto” a favor à doutrina de oposição do tribunal popular, pois Rui Barbosa não expressou o mesmo nível de reflexão e ponderação em sentido oposto pelo qual milita.

Raffaele Garofalo, por ele próprio, também não compreendia a realidade do júri de forma diferente. O autor registra¹⁴⁶ entendimento de que as injustiças cometidas pelo júri, sua maior parte, eram devidas em realidade a sua “ignorância”, fosse por sua “inabilidade” de assimilar o significado de muitos termos legais, fosse de apreciar o verdadeiro significado e conexão das frequentes e numerosas questões que lhes eram propostas, ou porque a ausência de necessária aptidão ou experiência no trabalho crítico de exame das evidências e valoração dos argumentos pró e contra, em um caso onde o indício de culpa não aparecesse a primeira vista. Muitas vezes, verificara o jurista italiano, os jurados traziam um veredicto de absolvição, como um protesto contra o governo.

Enfim, após todo o conteúdo exposto acima, verifica-se, comprova-se que a crítica feita à falta de qualificação científica e técnica jurídica dos jurados já se encontra há largo tempo assentada pelas mãos de renomados juristas europeus, fortes não apenas nos seus argumentos teóricos, mas também nos seus argumentos fáticos; os quais, nem os teóricos, nem os fáticos, aparentam ter perdido tanto sua expressividade; pelo contrário, ganharam força pelo contínuo aprimoramento da ciência penal e processual penal e pela consolidação cada vez maior de Estados constitucionais e democráticos, cujos princípios e valores pouco se compatibilizam com a fórmula de operacionalização do Tribunal do Júri dada, sobretudo, no sistema brasileiro.

¹⁴⁶ GAROFALO, Baron Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown, and Company. 1914. p. 357

Todas as fragilidades e questões evidenciadas acerca do Tribunal do Júri, de forma menos ou mais direta, convergem para a sustentação de um grande aspecto prevalente, sobretudo, no que diz respeito à tarefa de prestação jurisdicional pelo Estado em tempos atuais, o de que *a administração da justiça pública não se trata mais de uma questão exclusivamente política, mas também de uma relevante questão técnica e científica*.¹⁴⁷ Como bem assinala Heleno Fragoso, o desenvolvimento pelos quais passaram os Estados em sua forma de organização e funcionamento político e jurídico, nos dias atuais, comparado a períodos históricos anteriores lograram, com maior ou menor eficácia, conforme o objeto de pesquisa a ser analisado, assegurar uma regulamentação que previna de forma bem mais efetiva a intromissão de interesses particulares e pessoais indevidos no funcionamento da administração pública, o que inclui, obviamente, a administração da justiça.

O gradativo aumento de exigência de qualificação técnica e científica que vem se cobrando daqueles que atuarão como agentes do poder público não apenas auxiliou no sentido de proceder uma melhor filtragem de que tipos de interesses ingressaram em seu meio, como, ao mesmo tempo, foi consubstanciando que, de forma cada vez mais intensa, tais condições mínimas de capacitação técnica e científica de seus membros convertam-se em requisitos ainda mais essenciais para a melhor prestação dos serviços públicos.

Não se deseja aqui defender uma posição extremada de que a dimensão mais estritamente política da administração pública deva ser reduzida ao seu menor grau

¹⁴⁷ *Boaventura de Sousa Santos*, em meio ao debate juristas e teóricos registrado e reproduzido na obra de Carlos de Araújo Lima, emite considerações bastante convergentes com a problemática evidenciada. De maneira geral, seus argumentos estimulam a saída do plano ideológico, para uma verificação empírica, bem no sentido de uma tecnicidade ou cientificidade de análise do problema: “Em primeiro lugar, eu acho que é muito difícil saber se é mais democrático um júri, se o juiz togado ou um júri coletivo de juízes togados. Eu acho que é muito difícil pormos o problema em nível de liberdade, se encararmos o problema em nível de realidades sociológicas. Inicialmente, o jurado representa a comunidade.”(p. 52) “Acho que a questão do júri não deveria ser posta ao nível ideológico, mas sim em termos empíricos. Nós deveríamos, e isso seria uma tarefa que competiria às faculdades de Direito do Brasil e ao Ministério da Justiça deste país, fazer o curso do empírico sociológico, em que se tentasse avaliar a qualidade da justiça administrada pelo júri qual é essa qualidade, é uma boa ou má qualidade? Se a justiça administrada pelo júri é de boa qualidade, então o júri que se mantenha. Se a justiça é de má qualidade, então que o Tribunal do Júri seja abolido.” (p. 52 e 53) “O fato de o homem jurado... ser aquele homem que está muito envolvido na situação criminosa, isto é vantajoso para a administração da justiça ou é desvantajoso? É um problema a estudar que não pode ser discutido com ideologia.”(p. 53 e 54) “Há questões que eu penso devem ser postas ao nível empírico. Como, por exemplo, a coação social, que se pode exercer perante o júri e perante o juiz togado, deve ser de frente, na medida em que o juiz togado está profissionalmente qualificado para ouvir sem se comprometer, para julgar sem se comprometer. A profissão criou distanciamento, porque se o juiz se envolvesse completamente em cada caso acabaria um neurótico e abandonaria a profissão. Portanto, é para não ser neurótico que ele tem uma competência profissional.” (LIMA, Carlos de Araújo. *Os grandes processos do júri*. I Volume. p. 54)

possível (na verdade, se uma noção de política do “bem comum” pudesse ser fortalecida no meio social brasileiro, vislumbre-se, muito menos problemas existiriam em nossa ordem estatal) e que a tecnicidade ou cientificidade extrema deva dominar, em um sentido absoluto, todas as decisões e atuações do Estado. Não obstante, difícil não constatar que um maior aprimoramento técnico-científico da máquina pública tem se revelado fator de grande relevância para a execução mais eficaz e eficiente das tarefas que lhe compete. É nesse sentido que se deseja colacionar as lições dos autores adiante mencionados.

Mais dificultoso, porém, desponta ainda, no caso da prestação jurisdicional estatal, contestar que a demanda pelo desenvolvimento de um conhecimento mais pleno do direito e, por consequência, de sua efetiva aplicação; que a necessidade de um domínio da técnica jurídica sobre a subjetividade idealista política, tornem-se cada vez mais essenciais com o transcorrer do avanço político e jurídico que vai sendo atingido dentro da maioria das ordens estatais hoje estabelecidas.

Antes mesmo de pensar na atuação do Poder Judiciário, sugere-se, neste ponto de reflexão, que tais parâmetros e padrões de exigência, quiçá, na medida do possível, pudessem ser transportados ao âmbito do Poder Legislativo, pois não são poucas as situações em que leis mal elaboradas costumam resultar no surgimento de diversos problemas sociais e em correspondentes ações judiciais por causa deles levadas diante da administração estatal.

Heleno Fragoso¹⁴⁸, registre-se, já assinalava que, com o sistema de garantias outorgadas pelas Constituições modernas aos magistrados, a administração da justiça deixou de ser uma questão política e se converteu numa função técnica. Esta objeção, esclarece Heleno Fragoso¹⁴⁹, fora enunciada por Soler, no momento em que aquele afirmava que, em países onde o Poder Judiciário tornou-se independente dos outros departamentos do Governo, a problemática de instituição de juízes permanentes ou populares deixou de ser político e se converteu em técnico. Heleno Fragoso noticia igualmente que Enrico Ferri, conjuntamente com outros colegas da Escola Positiva, já havia verificado que a administração da justiça era questão de ciência, que não poderia ser resolvida nem com o ideal democrático, nem com o aristocrático, mas, apenas com o critério da capacidade científica.

¹⁴⁸ FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017. p. 23

¹⁴⁹ *Op.cit., loc.cit.*

Por fim, ressalte-se que a tentativa de fragmentar as críticas e problemáticas apontadas pela doutrina acerca do Tribunal do Júri é tarefa desafiadora, pois todas estão intimamente conectadas e revelam elevado grau de interdependência.

Corroborando e reforçando as colocações e críticas estabelecidas por toda esta doutrina posta de oposição expressa e direta ao padrão de órgão jurisdicional popular brasileiro, dotado de soberania dos veredictos e de sigilo das votações, na sequência deste trabalho dissertativo, tratar-se-á de colacionar relatos históricos e posicionamentos firmados por outros juristas de renome na área penal e processual. Na sua maioria oriundos da doutrina europeia, que também, há longa data já haviam percebido estes mesmos graves problemas envolvendo a instituição do júri em tais moldes, sendo que, em seus países, modelos de órgãos populares de jurisdição mista já se apresentavam em processo de implementação.

Tendo em conta que tais estudiosos e doutrinadores não perfazem análise e apontamentos exclusivamente sobre um modelo “mais tradicional” de júri, desse modo colocando, por razões metodológicas, de maior precisão científica, optou-se por trabalhar-los em seção específica, até porque, reitera-se, da leitura empreendida de seus textos, estes autores já registravam considerações a respeito das primeiras experiências de órgãos de jurisdição mista contemporâneos que estariam sendo adotados nos sistemas políticos e jurídicos do continente europeu que, aliás, naturalmente, há mais tempo já “caminhavam” de forma mais concreta para a implementação de Estados Democráticos de Direito mais efetivos.

1.4 DOCTRINA CLÁSSICA DAS PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS DE TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO MISTA NO CENÁRIO EUROPEU

Desde a primeira metade do século XX, diversos países do continente europeu, a exemplo de Alemanha, França e Itália haviam se dado conta dos inúmeros problemas que envolviam o modelo tradicional de Tribunal do Júri. Por essa razão, vários deles já teriam dado início à adoção dos primeiros formatos de escabinados e assessorados¹⁵⁰ em

¹⁵⁰ Nesse sentido, *José Frederico Marques* relata e ratifica: “A Holanda foi o primeiro e nunca mais teve júri, depois, Luxemburgo e os Cantões suíços. Ninguém pode duvidar do caráter democrático da política dos Cantões suíços, onde em muitos até há democracia direta, com o povo votando em praça pública as suas leis. Esses cantões, com exceção dos Cantões de Geneve, Zurich e de Friburgo, acabaram com o júri. Não há júri na legislação cantonal suíça, a não ser nesses três cantões. Nos outros países, o que ocorreu? O júri hoje só existe na Bélgica e na Noruega. A França aboliu o júri. Tem, hoje, o escabinado. A Itália o aboliu, mas depois da queda do Fascismo, foi aprovada uma lei restabelecendo o Tribunal do Júri e o Parlamento Italiano, em lugar de restabelecer o Tribunal do Júri, regulamentou de novo o assessorado escabinado italiano. Antes da guerra já haviam abolido o júri a Iugoslávia, a Tchecoslováquia, a Bulgária,

seus sistema jurídicos, posto que estes padrões permitiriam que o elemento técnico, sem sobrepor-se indevidamente ao elemento de equidade popular, pudesse estabelecer um poder maior de influência até o momento da decisão final, o que não sói ocorrer no padrão tradicional do júri.

Neste ponto, impõe-se reavivar a lição de que não apenas os jurados leigos julgam por equidade. As imperfeições e lacunas do sistema legal de um Estado, conforme a situação posta perante o órgão jurisdicional técnico oficial, o obriga, de forma inevitável, por assim dizer, a lançar mão de um juízo de equidade, fazendo uso de ferramentas jurídicas como, por exemplo, ponderação de princípios, sem, contudo, sobrepor-se, via de regra, de forma tão intensa à legalidade e à técnica científica-jurídica que deve permear o exercício da jurisdição, sob pena de fomentar uma série de decisões injustas e inadequadas. Não obstante, como estes modelos iniciais de órgãos jurisdicionais mistos guardavam, em diversos aspectos, semelhanças com o antigo Tribunal do Júri, muitas das críticas elencadas por tais doutrinadores podem ser dirigidas, inclusive, ao procedimento do júri adotado pela sistemática processual penal brasileira contemporânea.

O que se tratará de demonstrar nesta seção do texto dissertativo, ainda que também por meio de uma doutrina de tempos mais remotos, considerando a qualidade da lições por elas proferidas, que, desde longo tempo atrás, o desgaste do padrão tradicional do Tribunal do Júri foi desvelado e que alternativas como as dos escabinados e assessorados não tardaram a ser implementadas, como tentativa de estabelecer uma fórmula ou um procedimento mais eficiente de participação do cidadão na administração de justiça, sem necessariamente colocar em oposição tão acirrada juízes leigos e juízes técnicos e sem comprometer de forma tão arriscada a qualidade da prestação jurisdicional executada.

Os países da área continental da Europa, especialmente, não tardaram muito, comparativamente ao Brasil, em tentar substituir o modelo tradicional do júri, em que os

a Polônia, países que hoje estão no regime da Cortina de Ferro. De maneira que não podemos mais dizer, como Ruy Barbosa, que a área do júri é a área da civilização. V. Exa. Estão vendo que sobrou muito pouco para o júri no mundo contemporâneo. Mas por quê? Porque, Srs. Deputados, na realidade o júri é um órgão judiciário sem nenhuma justificativa. O júri não entende de direito penal, não entende de criminologia, não conhece os fatos. Como é que o júri julga? Julga com debates. Na Europa, mantém-se o elemento popular, mas no escabinado – o juiz junto com os jurados – o resultado é outro, como não poderia deixar de acontecer, porque o jurado aí tem o juiz para orientá-lo, para não deixar que ele seja levado pela oratória, pela eloquência do advogado que souber falar melhor, que souber impressioná-lo mais. (MARQUES, José Frederico. O novo código de processo penal. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279047241.pdf Acesso em: 19 out. 2017. p. 76)

jurados concebem, e com base apenas em sua consciência, o veredicto final do caso sob juízo, por modelos de órgão jurisdicional em que tal momento do procedimento sofreria também influência direta de juízes técnicos e profissionais.

Os autores e obras selecionados para fins de elaboração deste trabalho dissertativo, em seus relatos e pareceres emitidos, em verdade, não deixam transparecer uma distinção mais detalhada e exata entre escabinados e assessorados, em tese, os primeiros órgãos de jurisdição mista que se buscaram implementar no cenário dos sistemas políticos e jurídicos dos países europeus, especialmente Itália¹⁵¹, Alemanha, França e em alguns países nórdicos, como se podia esperar, pois até os dias atuais, nações, como a Suécia, costumam ser mencionadas como exemplos de regimes democráticos de governo de elevado nível de desenvolvimento político, de transparência da administração pública e de participação ativa dos cidadãos nos assuntos da vida pública.

Por esta dificuldade em determinar-se uma classificação clara no interior desse primeiro agrupamento de órgãos jurisdicionais mistos, excetuando-se a breve explicação sugerida por Fernando Costa Tourinho Filho, pela peculiaridade de cada um dos relatos e pareceres encontrados, pela riqueza de reflexões, de informações e dados históricos revelados, de maneira bastante dispersa, restou obrigatória a adoção de uma exposição de conteúdo por autor e, de modo reflexo ou indireto, pela realidade de cada país que cada um deles se revela originário.

James Goldschmidt¹⁵², inicialmente tomando-se, referia que um exemplo de instituição mista a ser apontado era o escabinado moderno, que predominava, naquele período, na Alemanha, e no qual a jurisdição se exerce pela cooperação de magistrados e “adjuntos” leigos. A esta, observava o autor, se assemelhava a instituição do assessorado, introduzida na Itália pela Lei de 23 de março de 1931. Um órgão jurisdicional com essa forma, assinalava o estudioso, se encontrava, naquela época, nos

¹⁵¹ Na experiência italiana, como de modo geral na Europa Continental, observa e compreende *Luigi Ferrajoli*, predominara desde as reformas setecentistas, consolidando-se posteriormente com a legislação napoleônica, a opção pelos juízes-magistrados, assistidos, no entanto, destaca o autor, pela garantia da independência e obrigados à motivação de seu livre convencimento. A participação do povo na administração da justiça que, naquele período, menciona o penalista italiano, ainda aparecia prevista pela Constituição, fora limitada apenas às “Corti d’Assise”. Entretanto, coloca o estudioso, a “vocaçãõ italiana” para o tribunal misto produzira, em 1931, a supressão do “velho júri” e sua substituição por um órgão composto de seis juízes populares e de dois togados, sendo que, observa o doutrinador, os togados inevitavelmente, entendia ele, estariam destinados a exercer supremacia sobre os julgadores populares. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 462)

¹⁵² GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935. p. 77

“tribunais para crianças”, da Alemanha e Espanha, nos quais os *vocales* eram pessoas qualificadas para o bom desempenho da função “tuitiva”, por sua prática pedagógica, tendo, por conseguinte, o caráter de técnicos.

O jurista alemão sugeria que tanto o direito revela-se incerto e que se deve descobri-lo em cada caso, que o tribunal popular, compreendia ele, seria o único modelo de órgão jurisdicional melhor aplicável. Ao menos, da forma como expresseu seu entendimento no texto consultado, o doutrinador parece não ter levantado a possibilidade de que a instituição do júri não seja, necessariamente, a forma de aplicação do direito e de prestação jurisdicional que melhor supra esta deficiência, por assim dizer, inerente ao direito. Quem sabe, até a agravando, tendo em conta que os juízes profissionais possuem efetivamente um mínimo de preparo e conhecimento técnico e científico jurídico para desvendar o direito no que ele é incerto e, adicionalmente a isso, sendo potencialmente capazes de trazer a solução com o melhor grau de equilíbrio dentro do sistema.

Outra reflexão que, talvez, tenha escapado ao processualista alemão, é a de que, historicamente, não se comprova que onde existiu ou exista e predomine o direito consuetudinário, seja necessariamente, aquele que alcança as melhores soluções jurisdicionais, quer por meio de um órgão de juízes cidadãos, quer por meio de um órgão julgador de juízes magistrados. O direito consuetudinário, ressalte-se, pode, e historicamente sempre parece ter servido de sustentação a diversos regimes de governo aristocráticos e autoritários, não implicando a sua adoção necessariamente na adoção de um regime mais democrático.

James Goldschmidt¹⁵³ verifica que, a medida que fora se concretizando o direito, sobretudo ao se desvincular do direito consuetudinário pelo direito legal, o tribunal popular ia sendo substituído pelo tribunal de magistrados. O doutrinador assinala também que quanto mais se formaliza o direito material, tanto mais se diminui o formalismo do direito probatório, e com isso, compreende ele, o tribunal popular, desarraigado no juízo de direito, ganha um novo impulso no juízo de fato. Ainda que, passando-se a suspeitar, talvez, da ocorrência de algumas eventuais falhas de tradução do texto original alemão, chama atenção a parte inicial da colocação feita por James Goldschmidt, pois não se parece figurar muito correta a colocação de que quanto mais

¹⁵³ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935. p. 77 e 78

se formaliza o direito, mais se diminui o formalismo do direito probatório; o efeito seria justamente o inverso.

Difícil decifrar o que, quiçá, tenha realmente o especialista germânico querido dizer. Os meios de prova taxada, ressaltava ele, se substituem pelo direito do processado de invocar primeiramente o testemunho e depois o juízo de seus compatriotas; argumento, talvez, inteligível naquela época, pois hoje, nem no sistema processual penal brasileiro vigoram as provas taxadas que, em verdade, escondem por trás uma noção inadequada de hierarquização de elementos de prova, que remonta a tempos muito embrionários, e de concepção extremamente ultrapassada, arrisque-se a dizer. Desse modo, explica o teórico, teria se desenvolvido o júri na Inglaterra, enquanto que o seu transplante ao continente europeu chegara a ser objeto de uma petição política, que se justifica por ser a administração da justiça não apenas uma operação lógica, senão também um exercício de império; e por isso, a participação dos súditos na mesma, diz ele, é uma consequência da intervenção do povo em todos os poderes do Estado.

Ao que leciona o doutrinador neste ponto, o que mais deve-se analisar de forma crítica é que, nem sempre, e em todos os momentos da história, o júri resultou de uma reivindicação política, nesse sentido, aparentemente idealizado o qual o autor parece sugerir. Apenas a título exemplificativo, historicamente apontando, quanto à difusão dos jurados no continente europeu, parte da doutrina atribui este mesmo fenômeno na verdade ao domínio político estabelecido por Napoleão Bonaparte .

Na sequência, entretanto, James Goldschmidt afirma que, pelo contrário, a justificação desta petição política, pela maior independência dos juízes populares haveria “caducado” a partir do momento em que emergira a garantia constitucional da independência dos magistrados, e, além disso, compreendia ele, seria verdade que os juízes populares são independentes do governo; não obstante, entendia ele, dependessem da opinião pública.

Novo espaço para respeitoso contraponto ao autor, pois conforme o contexto político e social em que opere o Tribunal do Júri, os seus juízes leigos podem restar, de forma menos ou mais intensa, extremamente influenciados e dependentes, até, de ambas as fontes. A forma mista do escabinado moderno, sugeria o jurista alemão¹⁵⁴, pretendia atender, a seu turno, a petição política de que o povo participe na administração da justiça e assegurar aos leigos uma cooperação limitada ao juízo de

¹⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935. p. 78

fato, senão extensiva à mensuração da pena, e, entretanto, verificar o juízo de direito pelos magistrados letrados, aos que se supõe corresponder.

Mas a preponderância que os magistrados revelavam possuir no escabinado, assinalava o estudioso, como consequência de sua posição oficial, seus conhecimentos científicos e sua experiência prática, não poderia se compensar pelos juízes populares, argumentava ele, a não ser que estes tivessem perícia como no procedimento civil, onde existiriam “tribunais especiais de comércio ou de trabalho”, e em processo penal, em rigor, nos “tribunais para crianças”.

Outra breve observação que não pode ser deixada de lado é a de que, ainda que o Direito Civil seja mais próximo e mais caro ao cotidiano dos cidadãos comuns, que estes dominem, talvez, um pouco mais de seu funcionamento e regramento, em comparação ao Direito Penal, revela-se extreme de dúvida sugerir que, no processo civil, necessariamente, se possa dispensar a uma adequada e efetiva prestação jurisdicional a exigência de que esta conte com agentes públicos estatais devidamente capacitados técnica e cientificamente em matéria de direito.

Por outro lado, ponderava o especialista germânico¹⁵⁵, se justificaria que justamente no processo penal se deixe a cargo dos jurados a resposta da pergunta inteira da culpabilidade, abarcando as questões de fato e de direito. Primeiramente, alegava ele, estas perguntas são inseparáveis; além do mais, no Direito Penal se haveria desenvolvido a convicção de que ninguém pode ser condenado se não houver podido compreender a injustiça de sua ação, e a melhor prova da existência deste pressuposto é que a injustiça do fato se reconheça e se declare por pessoas pares ao delinquente, a saber, especifica o teórico: não letradas; do contrário, menciona ele, seriam responsáveis de uma infração de lei somente os advogados.

Ou se está diante, uma vez mais, de algum problema de tradução, ou então, novamente, respeitosamente coloca-se que se está diante de entendimento de difícil concordância com o autor, onde lhe tenha faltado, sugere-se, um pouco mais de atenção em suas reflexões. Naquele período, destacava James Goldschmidt¹⁵⁶, em países como Alemanha, França e Itália, o presidente do Tribunal, que conhece os autos do sumário, baseado neste conhecimento, produz o mesmo das provas em juízo oral, apenas a separação da direção dos debates e da decisão da causa – como se leva a cabo

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 78 e 79

¹⁵⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935. p. 79

no juízo dos jurados, compara ele -, garantiria, compreendia o autor, a observação estrita dos princípios da oralidade e dos debates e da imediatidade do recebimento da prova, assim como a imparcialidade da apreciação das provas.

É verdade, admitia o teórico, que o abandono completo da decisão de culpabilidade aos jurados deveria ser compensado por um aumento do influxo do presidente do tribunal sobre os mesmos, como ocorre na Inglaterra, ressaltava ele. Em sentido contrário, assentava o doutrinador¹⁵⁷, não se poderia reconhecer como justificada a pretensão do jurado de intervir também na mensuração da pena. A circunstância lamentável, daquela época, subentenda-se, de que até então não se haviam desenvolvido princípios científicos para a determinação da pena, não justificaria a petição de legalizar o “diletantismo” que se encontrava nas mensurações de pena dos tribunais de direito, para admitir aos leigos nesta atuação, denunciava o jurista alemão.

É verdade, ratificava James Goldschmidt¹⁵⁸, que a origem do jurado se estabelecia em sua qualidade de meio probatório e que, ademais, desde um ponto de vista racional, a intervenção de um elemento leigo parecia mais justificada no conhecimento dos fatos que no juízo de direito, entretanto, advertia ele, a distinção do lado fático e jurídico na questão da culpabilidade lhe parecia impossível. Relevando-se uma que outra alegação do autor, ou possíveis problemas de tradução que possam ter ocorrido no momento de tradução do texto originário e, tomando-se em conta que diferenciadas são as condições históricas políticas e jurídicas de seu tempo, verifica-se que, em James Goldschmidt, em linhas gerais, está posta uma defesa pela existência de órgãos jurisdicionais mistos, dentro de alguns limites que ele mesmo sugere, e que, com razoabilidade sustenta e ratifica a possibilidade de uma ação cooperada de equilíbrio entre juízo leigo e juízo técnico, entre uma petição política de participação do cidadão na administração da justiça e a exigência de parâmetros mais técnicos e científicos na execução dos julgamentos.

Outra figura jurídica geralmente colocada dentro do conceito amplo de escabinados e assessorados está representada por meio da instituição denominada de “Cour d’assises” francesa, sobre a qual maiores esclarecimentos poderão ser obtidos por meio das lições de René Garraud. O autor francês¹⁵⁹ explica que, diferentemente dos “tribunais de polícia simples ou correccional”, estas chamadas também de Cortes

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 79

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 82

¹⁵⁹ GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. vol. II. Campinas, SP: LZN Editora, 2003. p. 353 e 354

Criminais de Primeira Instância, não se tratavam de jurisdição permanente. Formavam-se em algumas ocasiões, e possuíam sessões para estatuir sobre os processos criminais que se encontravam preparados para julgamento, desfazendo-se assim que a sua missão fosse cumprida, e não seriam dotadas de existência legal, senão a partir da abertura da sessão até o seu encerramento.

Não se tratava de um processo jurisdicional usual, assinalava René Garraud¹⁶⁰, em que todos seus membros assentassem, deliberassem e decidissem conjuntamente acerca da totalidade das questões do processo penal. Compunham-se, com efeito, comenta o jurista francês, de dois elementos que se justaporiam sem se confundirem: de cidadãos que formavam o júri, juízes da culpabilidade do acusado, e de magistrados que formavam a Corte, juízes da aplicação da pena. Todos, revela o doutrinador francês, funcionavam “por comissão”, remunerados, subentenda-se: o júri por cada questão e a Corte, a sua vez, por sessão.

A decisão, aponta René Garraud¹⁶¹, era determinada pelo jogo complexo de órgãos cujo concurso a lei organizara e cujo conjunto formara a jurisdição. O estudioso francês procede também a uma exposição mais aprofundada do júri que atua nestas Cortes Criminais de Primeira Instância. O criminalista relata que os jurados eram cidadãos constituídos juízes “em sua consciência” e sob juramento, da culpabilidade dos acusados e, a reunião destes originava o júri. O “júri” francês, assinalava René Garraud¹⁶², parecia ter dupla origem: as leis e os costumes das épocas bárbara e feudal, mencionava ele, conteriam já o germe desta instituição; as leis e os costumes ingleses apresentavam sobre ele uma fórmula completa e uma longa experiência.

Fora na Inglaterra, com efeito, registra o teórico, que a Assembleia Constituinte foi buscar esta instituição que, após 1791 permanecera sempre em vigor, apesar dos ataques dos quais fora muitas vezes objeto. Por esta instituição, coloca o doutrinador francês, os cidadãos participariam diretamente na administração da justiça, sem interporem no cumprimento dessa missão os hábitos de espírito de juízes profissionais, e a dependência, relativamente ao poder, e funcionários públicos. Mas, admitia o criminalista, com ela, a repressão estatal tornava-se desigual.

O temperamento do juiz se modifica, com efeito, com as circunstâncias judiciárias, admitia o doutrinador. Os cidadãos de um mesmo país, verificava René

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 354

¹⁶¹ GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. vol. II. Campinas, SP: LZN Editora, 2003. p. 354 e 355

¹⁶² *Ibidem*, p. 361

Garraud, sob um regime de completa igualdade não sofreriam pois os mesmos castigos por terem violado as mesmas leis. Com a jurisdição do júri, advertia o autor, faltaria energia e medida seria repressão em todos os processos onde estão em jogo os pré-juízos ou as paixões populares.

São os “escolhos” de toda a justiça sem tradição, destacava ele, sem responsabilidade e à qual se não se imporia como contrapeso, nem a obrigação de motivar a decisão, nem o controle de uma jurisdição superior encarregada de revisar o julgamento. Ter-se-ia, pois, concluíra o autor, atacado em nome da justiça penal o dogma da justiça popular.

Esquecia-se, entretanto, defendia o jurista francês¹⁶³, os serviços que ele prestou quer do ponto de vista da instrução mais escrupulosa, quer do ponto de vista de uma melhor individualização do processo. Talvez, de modo similar a que já se observou em relação a James Goldschmidt, colocações que fizessem algum sentido no período em que escrevia o autor, contudo, considerando o estágio atual de avanço, não apenas da doutrina, como também das sistemáticas processuais implementadas, civil e penal, do Brasil, inclusive, parecem carecer de muito sentido.

As previsões a respeito do futuro do júri, recomendava o estudioso francês¹⁶⁴, aquela época, deveriam ser feitas de forma prudente. O especialista afirmava não acreditar que a instituição do júri tivesse que desaparecer, mas, certamente, assinalava ele, certamente haveria de se transformar, e a etapa mais próxima, compreendia ele, naquele tempo, parecia ser a de uma fusão dos dois elementos, até então separados, e a substituição de um sistema de *echevinage* a um sistema de júri. A lei, então em vigor, sobre o júri, datada de 21 de novembro de 1872, entendia René Garraud¹⁶⁵, se propusera a constituir um júri “inteligente” e um júri “independente”.

O jurista francês¹⁶⁶ anotava que a missão do jurado era considerada como uma função e não como um direito. A atribuição dada ao jurado poderia ser considerada, observava ele, quer como direito cívico, quer como uma função judiciária.

O que caracterizaria a primeira concepção, compreendia o especialista criminal¹⁶⁷, é que ela confundiria o direito de ser jurado com o de ser eleitor, e veria duas formas de exercício do mesmo direito nos modos de intervenção do indivíduo nos

¹⁶³ GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. vol. II. Campinas, SP: LZN Editora, 2003. p. 361 e 362

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 362

¹⁶⁵ GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. vol. II. Campinas, SP: LZN Editora, 2003. p. 362

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 363

¹⁶⁷ GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. vol. II. Campinas, SP: LZN Editora, 2003. p. 363

órgãos do governo representativo. Durante os debates, verificava René Garraud¹⁶⁸, os jurados assumiriam uma atitude “passiva”, observação a que se adere parcialmente, pois como todo ser humano, está suscetível a todo tempo de sofrer influência e de influenciar aqueles que ao seu redor estão, mesmo que por meio de uma simples expressão facial. A sua missão, reiterava o autor, consistiria em escutar a fim de formar sua convicção nos debates. Não possuiriam outra missão até o momento em que entrassem na câmara de deliberação para compor a sua declaração.

Dessa forma, assinalava ele¹⁶⁹, o júri estaria encarregado de apreciar a culpabilidade do acusado, não apenas no que diz respeito ao fato principal, mas ainda no que se refere às circunstâncias acessórias que podem atenuá-la ou agravá-la. É certo que, opinava o teórico francês¹⁷⁰, aquelas que entram no domínio do problema da culpabilidade são, de maneira geral, questões de fato, nova observação a que se faz ressalva quanto a uma colocação em sentido absoluto, sobretudo tendo em conta os avanços da ciência e da jurisdição penal a esse respeito.

A ideia dos legisladores da Revolução que introduziram o júri na França, lecionava René Garraud¹⁷¹, fora a de separar as questões de fato das questões de direito, reservando a solução das primeiras ao júri e as segundas à Corte. O júri, menciona o autor, deveria “estatuir” sobre o fato sem se preocupar com a pena, aplicando a Corte uma pena sempre conexa aos fatos constatados pelo júri. Mas a via judiciária, assinalava e fazia concessão o doutrinador francês, condenou tal concepção e demonstrou que a distinção absoluta do fato e do direito era uma “quimera”.

Fora necessário, constata o especialista criminal, pouco a pouco, tornar legalmente possível a influência recíproca do fato e do direito, permitindo ao júri que se ocupasse da repressão, e à Corte que examinasse o fato para utilizar os elementos de uma aplicação “clara e inteligente” da lei, dessa forma sugere o estudioso.

Pelo exposto por René Garraud, a respeito deste modelo jurisdicional francês chama atenção a constatação de que não se tratava de um órgão jurisdicional permanente e de que o trabalho dos jurados, inclusive era remunerado. Esta última característica, inclusive, traz diversas reflexões sobre a instituição do júri e sua alegada função política democrática: cidadãos deveriam ser realmente remunerados para exercer um direito político fundamental e tão essencial?

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 373

¹⁶⁹ GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. vol. II. Campinas, SP: LZN Editora, 2003. p. 375

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 376

¹⁷¹ *Op.cit., loc.cit.*

Se assim fosse, não o deveriam cumprir gratuitamente, pois em troca já estariam recebendo uma melhor qualificação cívica e contribuindo e para o aprimoramento do regime democrático de sua própria nação? O que esperar de uma jurisdição que também é movida tão diretamente por incentivos financeiros de estímulo tanto ao juiz cidadão quanto ao juiz magistrado? Certamente, reflexões que merecem ser tomadas em consideração.

Sobre os tribunais de escabinos, a seu turno, ensina Victor Fairén Guillén¹⁷² que a origem da palavra provavelmente esteja localizada no centro da Europa, na Idade Média, com os tribunais, integrados, sobretudo, com elementos populares, os *Schöffengerichte*, “tribunais criadores de direito”, complementa ele. Neste ponto, o autor apresenta mais um indício do que se mencionou na parte desta dissertação que trata das origens do júri e de sua manifestação no transcorrer da história, de que formas de jurisdição popular, de jurisdição estatal oficial e, como ressalta pelo exposto, tenham coexistido em diversos momentos, ainda que em diferentes cantos do planeta.

Posteriormente, assinala o estudioso mexicano, teria passado à França, traduzida por *échevin*, palavra referida não por dicionários oficiais, mas pela doutrina moderna, constata o autor, e a Espanha com a palavra *escabino* e o tribunal em que participam de *escabinato* ou escabinado, tampouco, verifica o jurista, termo fosse reconhecido em dicionário oficial, não obstante já consagrado pela doutrina, parte da qual, especificava ele, a partidária dos julgados “puros”, aproveitava o desconhecimento popular de seu significado, como argumento em contra da figura.

Se caracterizavam, ressalta o especialista¹⁷³, pela intervenção de juízes leigos, eleitos pelos cidadãos, ponto, no qual, opinava ele, se encontraria maior dificuldade, possivelmente, para se alcançar “boas eleições” que, trazia o juízo oral, participando juntamente com juízes profissionais na elaboração direta da sentença. Assim, pois, não há uma participação desta nos fatos (*veredicto do jurado*) e no direito, aplicação das normas jurídicas ao veredicto.

E aí se encontrava, destaca o jurista mexicano¹⁷⁴, uma das razões provavelmente mais fortes em favor da aparição (melhor dito, corrige o autor, reaparição) dos *escabinatos*: na supressão rígida da diferença entre fatos e direito, diferenciação, em

¹⁷² GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoria general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 146

¹⁷³ *Op.cit., loc.cit.*

¹⁷⁴ GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoria general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 146 e 147

muitas ocasiões, compreendia Victor Fairén Guillén, “quase impossível”, ou “impossível” totalmente; diferenciação que, comentava o especialista, obedecia a um “sistema de coisas” menos evoluído que o que as necessidades do século XX exigiam, e, acrescentava o doutrinador, de aqui, demandavam por sua “decadência” e sua substituição pelo escabinado; se, por exemplo, analisava o estudioso, o jurado puro não poderia admitir a idéia das máximas da experiência como categoria intermediária entre os fatos e o direito, para formar um convicção, sim, ressalta ele, poderia fazê-lo o *escabinato*; e máximas da experiência dos juízes leigos, seria de grande importância.

Victor Fairén Guillén¹⁷⁵ ainda tece algumas considerações a respeito de outros tipos de tribunais de juízes leigos que surgiram no decorrer da história.

Na Suécia, por exemplo, revela ele, encontrava-se o sistema da *nåmd*. Em cada município, devido a uma especial evolução histórica, ente estatal que, na Suécia, de muita importância seria dotado; e, esclarecia o autor, e a diferença entre tribunais de cidades e tribunais rurais, explica o jurista mexicano, a *nåmd*, se comporia de duas salas, integradas cada uma por sete ou nove membros, cidadãos leigos em direito, nomeados por meio de eleição popular, presididas, as duas seções ou salas, por um juiz magistrado, juiz profissional. Funcionariam sempre separadamente, relata ele¹⁷⁶, tanto em matéria civil como penal.

Se na deliberação da questão, detalha Victor Fairén Guillén, o parecer dos sete membros da *nåmd* fosse unânime frente ao do juiz presidente, o primeiro parecer consubstanciaria a sentença, sem que o juiz profissional tivesse nenhuma responsabilidade sobre a mesma; se não se alcançasse tal maioria de votos dos juízes leigos, assinala o estudioso mexicano, se resolveria o problema com a intervenção e voto do juiz presidente.

O importante, pois, destacava ele, mais que o voto individual de cada membro da *nåmd*, seria a formação do grupo de sete frente ao parecer do magistrado juiz presidente. O doutrinador ainda registra que se poderiam encontrar os *nåmd* também na Noruega. De outro lado, aponta o Victor Fairén Guillén, a abundância de problemas de vizinhança, levou a considerar nos Estados Unidos a criação de centros pilotos de “justiça de vizinhança”, com formação dos mesmos em determinadas ocasiões; com sua

¹⁷⁵ GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 148 e 149

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 149

base dada em formato diferenciado de sistema político, dever-se-ia também referir aos “tribunais de camaradas”, da União Soviética e da Bulgária.

Ainda, no que diz respeito a escabinados, assessorados e o júri tradicional, Fernando Costa Tourinho Filho¹⁷⁷ proporciona sintética e valorosa lição sobre os seus principais traços distintivos. Nos escabinados, observa o autor, juízes leigos e togados decidem, por primeiro, a respeito da pretensão punitiva, e, em seguida, sobre a aplicação da pena. Muito a propósito, cita o estudioso, naquele período o art. 362 do *Code de Procédure Pénale: Em cas de réponse affirmative sur la culpabilité, la cour d’assises delibere sans désamparer sur l’application de la pene*. O estudioso comenta ainda que o escabinado também distingue-se do assessorado, porque neste o assessor possui voto consultivo, uma vez que, esclarece ele, o jurado buscaria instruir sua decisão conjuntamente com o assessor.

Já no júri, assinala o processualista penal brasileiro, os jurados decidiriam sobre o crime e a respectiva autoria, enquanto que a dosagem da pena restaria a cargo do juiz presidente. Observe-se ainda, contudo que, nem estas primeiras alternativas históricas de superação do modelo tradicional de júri da Europa continental escaparam plenamente das mesmas dificuldades do seu antecessor. Raffaele Garofalo dá indícios de que a crítica posta pela doutrina criminal italiana abarcaria, inclusive, instituições como as primeiras formas de assessorado implementadas naquele país.

O autor escreve¹⁷⁸, resalte-se, que nas *Courts of Assizes* mantidas nas pequenas cidade, os jurados eram recrutados de diferentes distritos; eram isolados no mesmo hotel, e expostos a todo tipo de influência. Quando um orador de notoriedade, algum advogado que figurasse na vida política e gozasse de popularidade como membro da Câmara de Deputados, procedesse a defesa de um prisioneiro, observara Turiello, refere Raffaele Garofalo, até o mais “honesto” e “inteligente” membro do júri era incapaz de resistir à contagiante admiração de suas habilidades.

O estudioso pelos demais problemas que encontrava entre os jurados, chegara a alegar que era incapaz de ver como os italianos, quando chamados a atuar como juízes, poderiam evitar de serem emocionalmente atingidos, a não ser que fossem submetidos a um treinamento especial a fim de prepara-los para o desempenho desta função.

¹⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo penal*. vol. 4. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983. p. 41

¹⁷⁸ GAROFALO, Baron Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown, and Company. 1914. p. 358

Prosseguindo entre os italianos, verifique-se o que registrou Francesco Carnelutti a respeito desta temática. Embora, a maior parte do texto do autor mencionado pareça se consubstanciar mais em uma crítica específica a um modelo mais tradicional de júri, impende antecipar-se que, no transcorrer do seu texto se revela que, em verdade, o jurista italiano estaria tratando dos primeiros órgãos de jurisdição mista implementados no sistema político e jurídico italiano da época. No que, em realidade, não relega nenhum prejuízo maior a este trabalho científico, pois entre seus principais objetivos está o de consolidar tal crítica, além disso, trata-se de um relato que não só confirma que desde muito cedo a Itália já empreendia esforços em corrigir as deficiências do Tribunal do Júri mais clássico e, de passo, confirma a noção de que essa trajetória de transformação do júri para o formato de órgãos jurisdicionais mistos deu-se de forma gradual.

Francesco Carnelutti¹⁷⁹ observa que, se o juízo de direito requer a preparação jurídica de quem o deve pronunciar, a mesma preparação não é exigida, no entanto, ao juízo de equidade, quanto não lhe seria oportuna. O jurista pelos costumes contraídos no exercício do direito adquire uma mentalidade pouco idônea para o ofício diverso, assinala o autor. Desse modo ocorre, indica o estudioso, que, ao lado dos técnicos do direito compareçam juízes profanos para compor o colégio judicial penal, profanos, esclarece o especialista, no sentido de que não se exige deles a qualidade de magistrados, nem de juristas e, tampouco, nenhuma outra cultura específica.

Esta nota puramente negativa, observa Francesco Carnelutti, enquanto a preparação técnica excluiria ele que a razão de sua participação no juízo não possa ser outra coisa que a de libera-lo, mais ou menos, da estrita observância das normas jurídicas, isto é, clarifica o autor, de introjetar nele, em maior ou menor medida, o filão da equidade.

A inserção no colégio dos juízes profanos, assinala o jurista italiano¹⁸⁰, se verificara em particular, naquele ofício judicial, que levava o nome de “Corte de Assises”. Antes da última reforma, a Corte de Assises estava formada por doze juízes profanos, eleitos para cada juízo, mediante sorteio de um registro de cidadãos providos de certos requisitos de idade, moralidade e de modesta cultura, aos quais, pelo juramento que deviam prestar, especifica o processualista, se atribuía o nome de

¹⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. vol. I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. Bosch y Cía., 1950. p. 257

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 257 e 258

jurados, e por um magistrado, que era o presidente, com funções distintas uns dos outros.

A função dos jurados, que julgavam colegialmente, explica o acadêmico italiano, consistia no pronunciamento do veredicto, isto é, em responder sim ou não, sem motivar, às perguntas formuladas pelo presidente, concernentes à existência e à qualificação jurídica do fato alegado na imputação, excluída toda consideração à qualidade e à quantidade da pena. Todo restante, ressalta o especialista, abarcando pronunciamento das sentenças de absolvição ou condenação, ficava a cargo do presidente. Esta era, assinala Francesco Carnelutti¹⁸¹, uma aplicação do princípio da colaboração em juízo com funções distintas, exposto pela Teoria Geral do Processo, cujo exemplo mais reconhecido, menciona ele, estava dado pela colaboração em juízo entre o *praetor* e o *judex* no processo civil romano clássico.

Esta estrutura da Corte de Assises não correspondia, no entanto, à função do juiz profano, a qual, como indicado logo atrás no texto, consistiria em substituir o juízo de equidade ao juízo de direito ou, quando menos, em harmonizar este com aquele. De um lado, verdadeiramente, analisa o processualista italiano, aos juristas se lhes pedia afirmar ou negar a qualificação do fato segundo a lei, sem possibilidade alguma de prescindir da qualificação mesma. De outro lado, aponta o estudioso, a equidade manifestar-se-ia sobretudo na medida da pena, cuja determinação e inclusive sua consideração lhes estava, em troca, severamente proibida.

Tal contraste, entre a função e a estrutura da Corte de Assises, enuncia o autor, não poderia deixar de conduzir a resultados praticamente nocivos. Com efeito, comenta ele, em torno a este instituto veio se acumulando pouco a pouco um descrédito que não poderia deixar de conduzir, cedo ou tarde à sua reforma. De acordo com, o então, novo ordenamento dos juízes profanos, que eram intitulados de “assessores”, em número de cinco, julgavam conjuntamente com dois magistrados, um dos quais, especifica o autor¹⁸², presidia o colégio.

A composição deste, no qual os juristas estavam em notável minoria, poderia parecer idônea, compreendia o jurista italiano, se não precisamente para um juízo de equidade, ao menos para a moderação do direito estrito. Entretanto, enquanto, faltasse na lei uma norma, que desvincule os juízes da observância do direito estrito,

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 258

¹⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. vol. I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. Bosch y Cía., 1950. p. 258 e 259

compreendia o especialista, a autoridade dos magistrados e, sobretudo, do presidente, tanto mais no campo do direito, anula o valor da superioridade numérica dos não juristas, os quais, em noventa por cento dos casos, constatava ele, perderiam por essa razão toda independência.

Assim foi que, registra Francesco Carnelutti¹⁸³, para evitar os inconvenientes a que dava lugar o velho jurado, se terminou por sacrificar o juízo de equidade, que era a verdadeira razão, ainda que raramente reconhecida com claridade, destaca o acadêmico italiano, da introdução do elemento profano no ofício judicial. Assim, conclama o jurista, “o remédio terminou sendo pior que a enfermidade”. O problema da eleição, também para os juristas, sinaliza o estudioso italiano¹⁸⁴, estava ainda em aberto e mereceria a mais atenta reflexão. Não se deveria esconder que, ainda que admitida a conveniência do recrutamento dos juízes juristas pela forma do emprego público, isto não impediria que, substituindo-se o emprego temporal ao emprego vitalício, atualmente em vigor, possa obter-se um fecundo intercâmbio entre o emprego judicial e a profissão forense¹⁸⁵.

Destaque-se que, retomando tudo que colocaram os doutrinadores referenciados, desde tempos mais remotos, foram diversos formatos de órgãos jurisdicionais mistos que já haviam se incumbido de fazer com que a participação do cidadão na administração da justiça estatal pudesse ser veiculada de forma mais adequada e efetiva, combinando, ora com mais, ora com menos sucesso, agentes públicos oficiais e agentes populares em órgãos coletivos decisórios, para tentar suprir a evidente deficiência técnica e científica jurídica que sempre resultou da operacionalização de órgãos jurisdicionais populares que deixavam na mão de seus membros leigos a palavra final no juízo em andamento.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 259

¹⁸⁴ *Op.cit.*, *loc.cit.*

¹⁸⁵ A escolha do modelo de juiz, coloca *Luigi Ferrajoli*; de seus requisitos pessoais, de suas modalidades de seleção e recrutamento, de sua posição constitucional, dos critérios de determinação de suas competências e das formas de controle da sua atividade, especifica o autor; de fato, está conectada ao modelo de juiz previamente escolhido, e, portanto, à fonte de legitimação de modo geral atribuída à jurisdição. Tal nexos, assinala o estudioso, entre rito e pessoa, entre ordenamento judiciário e método processual, sempre estivera presente na doutrina processual, sempre estivera, enfatiza o especialista, presente na doutrina processual clássica. Giovanni Carmignani, exemplifica e refere *Luigi Ferrajoli*, combatera duramente o instituto do júri “em nome” do valor garantista por ele atribuído à motivação das sentenças, de costume, entendia o autor referido, impossível para os juízes não técnicos ou populares; enquanto Francesco Carrara, revela *Luigi Ferrajoli*, sustentara não menos firmemente a tese oposta, em nome do valor democrático por ele associado aos juízes populares e das perversões burocráticas e inquisitórias por outro lado decorrentes da atividade dos juízes profissionais. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 460 e 461)

Importante chamar a atenção novamente para o fato de que os próprios tribunais mistos possuíam origens tão remotas quanto a da instituição do júri propriamente dita e de que já “notícias” suas já circulavam por diversos países da Europa, há mais tempo do que o imaginado. E, sobretudo, destaque-se, que entre proposições menos ou mais assertivas, desse modo respeitosa e colocando, vários dos estudiosos mencionados não só contribuíram para estabelecer reflexões críticas a cerca do Tribunal do Júri no seu modelo mais tradicional, como também acerca desses órgãos de jurisdição mista que emergiam a sua época e sobre os quais debruçaram suas análises, sendo que, em relação a estes últimos, a grande dificuldade enfrentada, em linhas gerais, era de que, em diversas situações, os juízes magistrados poderiam fazer preponderar seus posicionamentos, em função de como estavam estatuídos os seus sistemas de julgamento.

Experiências históricas que confirmam a noção que se trata de defender no transcorrer de todo este texto dissertativo, de que, infelizmente, pelo elevado caráter técnico e científico alcançado pelo direito, não apenas na sua própria formação, como também no momento de sua própria aplicação, sobretudo na área penal, pouquíssimo espaço resta para inserção de um juízo de equidade que carece ainda de tantos parâmetros para que possa ser operacionalizado.

É verdade que juízes togados também operam por equidade, mas percebe-se que muitos desses juízes ainda lançam mão de parâmetros de direito formalmente estabelecidos e de ferramentas jurídicas, muitos deles de caráter científico, inclusive, prezando por ser afastar o menos possível da ordem jurídica implementada e, sobretudo, justificando as opções por eles realizadas, o que é essencial para o contexto de um regime democrático e justamente o inverso do que ocorre com o Tribunal do Júri clássico, em que jurados podem votar livremente segundo sua consciência e sem a necessidade de motivar expressamente suas decisões.

Aspectos que como se verificou nesta seção do trabalho, reitera-se, foi tentando-se corrigir a partir das primeiras experiências de modificação de órgãos de jurisdição popular pura para órgãos de jurisdição mista no âmbito dos países europeus.

Este capítulo do texto dissertativo que agora se encerra, acredita-se, parece ter cumprido de forma eficiente a tarefa de demonstrar, sob uma perspectiva histórica e material, os diversos aspectos problemáticos que circundaram e circundam ainda

modelos tradicionais de Tribunal do Júri, como ocorre no caso brasileiro, no qual ainda se conserva a soberania dos veredictos¹⁸⁶ e o sigilo da votação¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Eduardo Magalhães Noronha aponta que, os desmandos e a ineficiência, de tempos anteriores do juízo popular, cada vez mais evidentes, levaram o Governo ditatorial a baixar o Decreto n. 167, de 5 de janeiro de 1938, que teria permitido aos Tribunais de Justiça a reforma pelo mérito das decisões proferidas pelo júri. Fora medida acertada, manifesta sua concordância o autor. Jamais se vira, comenta e opina o estudioso, uma reforma proferida pelo tribunal do seu Estado que não fosse de justiça ou calcada na prova dos autos, alegava ele. Entretanto, relata o jurista, a “decantada” soberania do júri viria a ser restaurada.

Menciona que esta fora consagrada na Constituição de 1946 (art. 141, § 28) e na de 1967 (art. 150, § 18). Entretanto, em verdade, reitera Eduardo Magalhães Noronha, não existiria essa soberania que muitos pensavam. Não se confunda, advertia o autor, a expressão dos textos constitucionais com “onipotência”. Trata-se, ao contrário, de termo teórico, que deve ser considerado segundo a dogmática do processo penal, sob pena de derrogação de diversos textos do código processual penal. Eduardo Magalhães Noronha sugere que, se se tomar o vocábulo soberania como “poder incontrastável, sem limites e absoluto”, não se poderá compreender como o veredicto do júri possa ser inteiramente reformado pelo Tribunal de Justiça, conforme previsão legal de cabimento, de então, de revisão (art. 626), e de substituição por outro no, então ainda vigente, protesto por novo julgamento (art. 607), além de apelação. Máxime como estava regulamentado, reitera o processualista penal, não há de se falar em soberania, pois ela nega mais a intangibilidade do julgado do que a revisão, tendo em conta que, alega o doutrinador, referindo-se a Alimena, o juiz de segunda instância aponta o erro do juiz de primeira instância e, por esse motivo, corrige-o, enquanto que, numa segunda etapa o julgar de segunda instância julga conforme o de primeira instância teria julgado se conhecesse o que o primeiro agora tem ciência. No mesmo sentido, Eduardo Magalhães Noronha enuncia lição de Espínola Filho que dizia que nesta decisão de segunda instância, tutela-se e resguarda-se melhor a dignidade do magistrado. Eduardo Magalhães Noronha conclui ser, portanto, “relativo” o conceito de soberania do veredicto, convindo notar que, mesmo na ordem constitucional, naquele período, também não estava pacificado o conceito antigo de soberania como “poder ilimitado”, devendo-se substituí-lo por outro “superior” também, mas menos “perigoso” e mais exato de um poder exercido no último grau, tendo-se, em vista, todavia, pondera o estudioso, o interesse geral ou o bem comum. Em matéria de Justiça Criminal, o autor entende que não pode existir decisão “intangível”. Seria verdadeiramente “monstruoso”, dizia ele, que uma decisão, qualquer que fosse, permanecesse “intocável”, quando provas da inocência do condenado viessem a tona para demonstrar o equívoco cometido na decisão anterior. Logo seria de relativo alcance, analisa o especialista, tal proclamada soberania do júri. A verdade, afirma o estudioso, é que a instituição não vinha provando bem. E melhor demonstração disso, revela ele, não há que o observar que vindo do Império, como outrora já mencionado, com competência para julgar causas civis e criminais, possui hoje esse tribunal competência exclusivamente apenas para decidir acerca dos crimes dolosos contra a vida. A Constituição de 1967, observa ele, em seu art. 153, § 18, estabelecia a manutenção da instituição do júri, que teria competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Como não se repetira o princípio da soberania, assinala o acadêmico brasileiro, limitando-se o dispositivo a aludir à competência, entendeu-se que a soberania fora extinta. Todavia, ressalva ele, como a matéria deveria ser regulamentada por lei ordinária, que nunca fora votada, o veredicto do júri permaneceu sendo soberano por ausência de lei complementar regulamentadora. A Constituição atual, assinala o autor, restabeleceu o princípio da soberania do júri, declarando expressamente, em seu art. 5º, inciso XXXVIII que permanecia reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe desse a lei, assegurando-se: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para os crimes dolosos contra a vida. (NORONHA, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 318 a 320)

¹⁸⁷ Em sentido similar, favorável a implementação de um modelo de jurisdição mista, se manifestou Lenio Luiz Streck: “O modelo de Estado Democrático de Direito, garantista e secularizado, dificilmente poderá continuar a conviver com julgamentos nos quais não haja a devida justificação/fundamentação. Entretanto, trata-se de um problema de difícil solução, uma vez que a Constituição estabelece a garantia do sigilo das votações, o que implica a impossibilidade imediata de qualquer tentativa de introduzir outros modelos de julgamento popular, como, por exemplo, o escabinado francês ou o português ou até mesmo uma adaptação das fórmulas tradicionais do júri americano ou inglês, onde os jurados discutem entre si...” (STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 173)

À exceção do contexto anglo-saxão, sobretudo, por meio de resgate da doutrina de oposição ao júri, restou evidente a fragilidade e a instabilidade que sempre acompanhou o tribunal popular, seja no cenário brasileiro, seja no cenário internacional, para que este, materialmente, de forma efetiva, tenha cumprido o papel, quer de um órgão jurisdicional competente na promoção da justiça penal, quer como elemento fundamental de desenvolvimento de uma consciência política e democrática dos cidadãos dos países em que foi implementado.

No Brasil, especialmente, ainda menos, consegue-se estabelecer a essencialidade desse instituto para a proteção da liberdade individual, pois, há largo período, o instituto do habeas corpus se revelou mais competente para o desempenho de tal tarefa. Os diversos relatos de episódios históricos problemáticos envolvendo a instituição do júri, de corrupção e imparcialidade, os diversos doutrinadores apontados e os diversos pareceres ou opiniões negativos registrados dos mais diferentes tipos de operadores jurídicos e políticos a respeito do Tribunal do Júri revelados pelo conteúdo crítico exposto na doutrina de oposição ao júri e na abordagem trazida sobre as primeiras experiências de órgãos jurisdicionais mistos no continente europeu, parecem deixar muito evidente esta ausência de substancialidade material que tal instituição poderia representar para um modelo de Estado Democrático de Direito contemporâneo.

O capítulo que se apresentará, na sequência, tratará de verificar, principalmente, sob uma perspectiva material, como se configura um Estado Democrático de Direito contemporâneo, avaliando, simultaneamente, se o Tribunal do Júri, em seu padrão mais tradicional, dotado dos atributos de sigilo das votações e da soberania¹⁸⁸ dos veredictos

¹⁸⁸ A respeito das questões envolvendo a soberania dos veredictos, *Athos Moraes de Castro Vellozo* afirma que carecem de razão aqueles que defendem a “plena” soberania do júri, invocando como argumento ser um perigo entregar-se à justiça togada o julgamento dos crimes contra a vida, pois isso constituiria uma ameaça à liberdade do indivíduo, por suporem que os juízes constituem, simplesmente pela função que exercem, uma “casta superior”, “insensível” aos reclamos da vida, em seus entrosques de paixões e sentimentos que assaltam o homem do povo, na sua “faina” diária, e que melhor conhece as causas determinantes do crime. Nada mais inverídico, conclama o autor. O juiz moderno, de então, principalmente no Brasil, alega o estudioso, vive e sente como ser humano que é, sofre as vicissitudes decorrente da época, é cidadão como os jurados, tem como estes, ressalta ele, conhecimentos das infrações pelas mesmas fontes de informação: a imprensa, o rádio, os comentários que se formam a respeito do crime e do criminoso e da vítima; e mais, acrescenta o especialista, pelo processo com todos os elementos de convicção, de certeza, que as provas fornecem, do qual o juiz leigo, alerta ele, apenas tomará conhecimento, sumariamente, no júri. À justiça togada era atribuída, naquele período, e no atual não é muito distinto, competência para o julgamento de todos os crimes, com exceção, apenas, dos crimes dolosos contra a vida, da competência do júri. A amplitude daquela competência, observa o autor, não fora outorgada discricionariamente, como restrição à do júri não derivou de preconceitos contra este. Ambas foram determinadas, compreende o estudioso, como decorrência necessária da própria evolução da ciência e da justiça penal. Deveria esta, assinalara o especialista, ser adaptada de modo a poder aplicar, devidamente, pela especialização, que constitui uma das mais acentuadas tendências modernas, as conquistas e “progressos” verificados no âmbito do direito criminal. Seria mister, assinalava Athos

consegue apresentar compatibilidade e caráter essencial diante de tal sistema estatal referenciado.

Nesta segunda etapa deste texto dissertativo, tendo sempre em perspectiva a compatibilidade e a real função desempenhada pelo Tribunal do Júri no contexto histórico brasileiro, buscar-se-á estabelecer os contornos de uma concepção de Estado Democrático de Direito contemporâneo, revisitando-se lições a respeito do que se constitua um Estado de Direito, como componente central e estágio prévio de um Estado Democrático de Direito, passando pelo delineamento de uma concepção, sobretudo, material de Democracia, até alcançar uma visão teórica e prática mais abrangente do que seja efetivamente um Estado Democrático de Direito contemporâneo, agregando-se ainda uma proposta de avaliação da instituição do júri perante à dinâmica de funcionamento de um tal modelo estatal, dando enfoque, a título exemplificativo, nas relações entre Democracia e Estado, Direito e Política.

Moraes de Castro Vellozo, atribuir-se a cidadão capazes, com conhecimentos especializados, a seres responsáveis, a “elevada” missão de julgar, de distribuir justiça. Dai, entende o pesquisador, impropriedade a crítica dirigida aos magistrados, de ser perigoso atribuir-lhes o julgamento dos crimes graves. (VELLOZO, Athon Moraes de Castro. *Limitações à soberania do júri*. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20\(T%203385\).pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20(T%203385).pdf?sequence=1) Acesso em: 21 out. 2017. p. 75 e 76)

2. O JÚRI NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Para que se torne possível alcançar uma concepção completa do que seja um Estado Democrático de Direito contemporâneo, inicialmente, verificou-se a necessidade de firmar qual o entendimento a ser adotado a respeito da noção de um Estado de Direito, que é considerado, pela doutrina, ao mesmo tempo, como estágio antecedente e como elemento base de um Estado Democrático de Direito. Na sequência, para que não restasse descoberto o qualificativo “democrático”, mesmo porque, o Tribunal do Júri é ainda equivocadamente compreendido como uma instituição de essência exclusivamente democrática, optou-se por trabalhar uma concepção material de democracia que é aquela que melhor pode auxiliar a responder o verdadeiro grau de pertinência do júri popular diante de uma estrutura de um Estado Democrático de Direito.

Apenas após a exposição destas concepções iniciais é que se procederá à tentativa de apresentação de uma concepção completa de Estado Democrático de Direito, visto que ela resulta centralmente do estabelecimento de uma relação complexa, não de uma simples união, entre a noção de Estado de Direito e de uma determinada concepção de democracia adotada. Trabalhadas estas noções primeiramente apontadas, ao mesmo tempo indicando de que forma o Tribunal do Júri revela-se compatível ou não com seus aspectos materiais, sobretudo, realizou-se um esforço adicional de arguir que, sob a perspectiva dinâmica de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, que se dá, exemplificativamente tomando, entre Estado e Democracia, entre Direito e Política, tão pouco a instituição do júri, como a do tipo implementada e operacionalizada no Brasil encontrará compatibilidade.

2.1 ESTADO DE DIREITO: ESTÁGIO PRÉVIO E COMPONENTE CENTRAL DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de alcançar uma concepção ampla do que seja um Estado Democrático de Direito, impende fixar compreensão do que seja um Estado de Direito, que, como se verificará, logo em seguida, a doutrina considera tanto como um estágio antecedente a um Estado Democrático de Direito, como um componente central do mesmo. Tendo em vista que, historicamente, este papel preeminente que o direito veio assumindo dentro das formas de organização e sistematização estatal ao redor do mundo não determinou que apenas um modelo de regime político pudesse ser adotado por um Estado, considerando-se que, até os dias atuais, como sempre parece ter ocorrido durante toda a história da humanidade, os governos sempre assumiram diversas nuances entre um polo mais democrático e um polo mais autoritário.

Apenas com este conceito melhor delineado, seja de sua perspectiva formal, quanto material, e, por consequência, com o de Estado Democrático de Direito, é que se torna viável proceder a uma boa avaliação da adequação da implementação da instituição do júri nesse contexto.

José Afonso da Silva, de forma similar a que procede José Joaquim Gomes Canotilho, trabalha o conceito de Estado de Direito preliminarmente ao conceito de Estado Democrático de Direito, dentro de um mesmo capítulo, entretanto, como bem indicam os dois autores, sobretudo José Afonso da Silva, como se verá mais adiante, não se trata de uma simples junção entre as concepções de Estado de Direito e Estado Democrático, trata-se de um processo de formação mais complexo. Como, de algum modo, a formação do Estado de Direito seria, por assim dizer, uma espécie de estágio antecedente, que, apenas com o transcorrer do tempo, vai conformando o regime que em cada caso será adotado, acredita-se que é válida a separação da análise do júri frente a cada uma dessas etapas, tendo em conta que, se detectado que, nesta etapa inicial, etapa base, o Tribunal do Júri, de imediato, denote diversas incompatibilidades, adquire-se forte argumento para alegar que desde muito previamente a instituição já despontara como não caracterizando um elemento tão fundamental na grande maioria dos sistemas estatais que tenha organizado sua estrutura de forma precípua pelo domínio e regramento do direito.

José Afonso da Silva¹⁸⁹ revela que, na sua origem, Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí, aduz o estudioso, falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas usualmente reconhecidas seriam: 1) a submissão ao império da lei, a nota primária do conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do “povo-cidadão”; 2) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; 3) enunciado e garantia dos direitos individuais. Tais exigências, aponta o autor, permanecem sendo postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.

Analisando o Tribunal do Júri, no caso brasileiro, tendo em conta estes três primeiros aspectos sinalizados pelo autor, quanto ao primeiro, verifica-se que, se a instituição do júri, no momento do veredicto final, autoriza os jurados a se esquivarem por completo da lei, acredita-se que o tribunal só encontrará apoio parcial neste ponto. Relativamente ao segundo, considerando que não deixa de ser um órgão do Poder Judiciário, considerando que, em significativa parcela da existência histórica do tribunal popular, facilmente se pode verificar que, em diversos países do mundo, em que foi implementado, sempre revelou problemas no que diz respeito à independência e imparcialidade. Por fim, acerca do terceiro aspecto elencado, difícil sugerir que, especialmente, no tocante ao seu atual papel efetivo no sistema jurídico e político brasileiro, o tribunal popular desempenhe qualquer função indispensável ou fundamental para fazer prevalecer o enunciado de direitos individuais.

Resumidamente, verifica-se que, de modo muito limitado, a instituição do júri consegue se compatibilizar com a configuração base de um Estado de Direito, a exceção de algumas experiências históricas, como sói ocorrer no mundo anglo-saxão. A concepção liberal do Estado de Direito, explica o jurista brasileiro¹⁹⁰, servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres, a qual, contudo, tornara-se insuficiente, considerando-se que a expressão Estado de Direito evoluíra, enriquecendo-se com novo conteúdo.

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 112 e 113

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 113

Entretanto, José Afonso da Silva¹⁹¹ adverte que existiram concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, visto que seu significado depende da própria concepção de direito que se adota. Por esse motivo, menciona o autor, cabe razão a Carl Schmitt quando este assinala que a expressão Estado de Direito pode ter tantos significados distintos como a própria palavra direito e designar tantas organizações quanto às quais se aplica a palavra Estado.

Desse modo, o constitucionalista brasileiro refere que, ainda segundo Carl Schmitt, existiria um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros em conformidade com o direito natural, com o direito racional e com o direito histórico. Deste quadro, compreende o acadêmico, deriva a ambiguidade da expressão o Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material.

Diante do constatado, o estudioso defende a adoção da concepção formal do Estado de Direito nos moldes de *Forsthoff*, ou de um Estado de Justiça, tomada a justiça como um conceito absoluto, abstrato, idealista, espiritualista que, no fundo, entende o jurista, encontra sua matriz no conceito hegeliano do Estado Ético, que, a seu turno, fundamentou a concepção do Estado fascista: totalitário e ditatorial, em que os direitos e liberdades humana restam praticamente anulados e totalmente submetidos ao arbítrio de um poder político onipotente e incontrolado, no qual toda participação popular é sistematicamente negada em benefício de uma elite, de uma minoria, que controla o poder político e econômico.

José Afonso da Silva¹⁹² registra que o Estado de Justiça, na formulação indicada, nada tem a ver com Estado submetido ao Poder Judiciário, ainda que o mesmo seja um elemento importante do Estado de Direito. Estado submetido ao juiz, explica o autor, é Estado cujos atos legislativos, executivos, administrativos e também judiciais ficam sujeitos ao controle jurisdicional no que tange à legitimidade constitucional e legal. É também, considera o jurista, uma abstração confundir Estado de Direito com uma visão jus naturalista do Estado. Por outro viés, assinala o teórico¹⁹³, se se concebe o direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Poder Legislativo, o Estado de

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 113

¹⁹² *Ibidem*, p. 113 e 114

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 114

Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui, na opinião de José Afonso da Silva, uma redução deformante.

Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, opina o estudioso, nele não se realiza completamente. A concepção jurídica de Kelsen, indica o doutrinador constitucional brasileiro¹⁹⁴, igualmente contribuiu para distorcer o conceito de Estado de Direito. Para Kelsen, aponta José Afonso da Silva, Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que Kelsen confunde Estado e ordem jurídica, menciona o acadêmico brasileiro, todo Estado, para o jurista austríaco, há de ser Estado de Direito. Por tal razão, José Afonso da Silva indica que Kelsen atribuiria significativo desprezo a esse conceito.

Como, na concepção kelseniana, apenas é direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma ideia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito que serve igualmente, bem observa o autor, a interesses ditatoriais. Logo, conclui o estudioso brasileiro, se o direito acaba se confundindo com o mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica ideológica enfim, todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial.

Tal doutrina, analisa José Afonso da Silva, converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em realidade, compreende e sugere o autor, destrói qualquer ideia de Estado de Direito. José Afonso da Silva¹⁹⁵ esclarece que o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais, revelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme fala Lucas Verdú, refere o doutrinador constitucional, que já entendia que o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar em seu seio, a sua sociedade, sem renunciar ao primado do direito.

O Estado de Direito, na atualidade, leciona o autor brasileiro, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado “material” de Direito, ao mesmo tempo em que adota uma dogmática e pretensão de realizar justiça social. Interrompa-se brevemente a exposição de José Afonso da Silva: a instituição do júri, no

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 114 e 115

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 115

contexto brasileiro, em algum momento da história ou no momento atual, de alguma forma revelou-se ou se revela como componente essencial para a promoção de efetiva justiça social? Não será a primeira e nem a última vez que, aplicando-se uma perspectiva material de análise, verificar-se-á que o júri não correspondeu e não corresponde, de maneira fundamental ou predominante, às expectativas políticas e sociais que nele se depositam.

Transforma-se em Estado Social de Direito, ressalta o jurista, no qual o qualificativo refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização dos objetivos de justiça social. Caracteriza-se, registra o constitucionalista, no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, conforme lecionado já por Elías Díaz, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*.

O Estado de Direito, como já apresentado pelo constitucionalista anteriormente, é uma criação do liberalismo. Por esse motivo, entende que, na doutrina clássica, repousa na concepção do direito natural, imutável e universal, daí decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei, observa o acadêmico¹⁹⁶, constituía o “fulcro” do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão, diz José Afonso da Silva, reproduzindo provável argumento básico de seus idealizadores. Dela e só dela, acentua o jurista, defluiria a igualdade. Sendo regra geral, a lei é regra para todos.

O postulado da generalidade das leis, rememora o autor, foi ressuscitado por Carl Schmitt através da Constituição de Weimar, após ter sido abandonado sob a influência de Laband, surgindo, em seu lugar, a divisão das leis em formais e materiais. Essa restauração, aponta José Afonso da Silva¹⁹⁷, tem sentido ideológico preciso, pois que, como já concebido por Franz Neumann, registra o autor, a teoria de que o Estado apenas pode governar por meio de leis gerais se aplica a um sistema econômico de livre concorrência, e o referido renascimento, por meio da Constituição de Weimar, da noção de generalidade das leis e sua aplicação indiscriminada às liberdades pessoais, políticas e econômicas, foi assim usado como um dispositivo para restringir o poder do

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 117

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 117 e 118

Parlamento que já não mais representava unicamente os interesses dos grandes latifundiários, dos capitalistas, do exército e da burocracia.

Dessa forma, conclui o acadêmico¹⁹⁸, o direito geral, dentro da esfera econômica, era usado para conservar o sistema de propriedade existente e para protegê-lo contra a intervenção sempre que esta fosse julgada incompatível com os interesses dos grupos mencionados anteriormente. O constitucionalista¹⁹⁹ também relata que, com frequência, a doutrina da vontade geral de Rousseau para fundamentar a afirmativa de que a igualdade só pode ser atingida por meio de normas gerais; esquece-se que Rousseau debatia a respeito do direito geral com referência a uma sociedade em que apenas existiria pequenas propriedades ou propriedades comuns. Não é, pois, afirma o doutrinador brasileiro, fundamento válido para o postulado da generalidade que embasa o liberalismo capitalista.

De fato, diz José Afonso da Silva, a propriedade particular, que é sagrada e inviolável, de acordo com Rousseau, somente é propriedade até onde permanece como um direito individual e discriminado. Se for considerada comum a todos os cidadãos, explico o estudioso, ficará sujeita à vontade geral e poderá ser infringida ou negada. Desse modo, o soberano não tem o direito de tocar na propriedade de um ou de diversos cidadãos, embora possa legitimamente tomar a propriedade de todos, fecha o raciocínio o acadêmico brasileiro.

José Afonso da Silva²⁰⁰ coloca que, daí, conclui-se que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja, a generalidade das leis. Não possui base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, considera o autor, como visto, foi a construção do Estado Social de Direito, que, não obstante, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

¹⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 118

¹⁹⁹ *Op.cit., loc.cit.*

²⁰⁰ *Op.cit., loc.cit.*

José Joaquim Gomes Canotilho trata da noção de Estado de Direito dentro de uma concepção de Estado Constitucional. O jurista português²⁰¹ afirma que o Estado Constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional, aponta o constitucionalista: Estado de direito e Estado democrático.

Estas duas qualidades, anota o acadêmico, surgem separadas em diversas ocasiões. Fala-se em Estado de direito, observa José Joaquim Gomes Canotilho, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação, corresponde, por vezes, considera o estudioso, à realidade das coisas: existem formas de domínio político em que este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos.

O Estado constitucional democrático de direito, coloca o autor português, procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito. Detendo-se sobre a concepção de Estado de Direito, José Joaquim Gomes Canotilho²⁰² registra que a concretização do Estado constitucional de direito obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os códigos de observação próprios de ordenamentos jurídicos concretos.

A domesticação do domínio político pelo direito, relata o professor e constitucionalista, faz-se de vários modos e, por esse motivo, alega ele, deve-se ter cuidado em identificar conceitos como *Rechstaat*, *Rule of Law*, *État legal*, não obstante todos eles procurarem alicerçar a juridicidade estatal. A respeito do *The Rule of Law*, José Joaquim Gomes Canotilho²⁰³ ensina que este significa, em primeiro lugar, na sequência da Magna Carta de 1215, a obrigatoriedade de observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Questiona-se, então: um modelo tradicional de Tribunal do Júri, como o adotado pelo sistema brasileiro, que estabelece a soberania dos veredictos e o sigilo da votação pode efetivamente ser caracterizado como um processo plenamente justo legalmente regulado?

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 93

²⁰² *Op.cit.*, *loc.cit.*

²⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 93 e 94

Em segundo lugar, afirma o doutrinador²⁰⁴, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, menciona o estudioso, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, assinala o acadêmico, *Rule of Law* terá sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes os seus direitos em conformidade com os princípio de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos).

O sistema britânico de *Rule of Law*, aponta o constitucionalista português, com os seus vários sentidos e interpretações não deixa de suscitar algumas perplexidades como o demonstram as recentes controvérsias em torno da necessidade de um *New Bill of Rights* e mesmo de um *Written Constitution* que estabeleça vinculações jurídicas precisas à clássica e incontornável *parliamentary sovereignty*. Perceba-se que no próprio país onde o júri encontra maior guarida revela-se como elemento-chave o poder soberano do Parlamento, ou seja, da representação indireta dos cidadãos, não da direta, como tanto se quer argumentar em favor da instituição jurisdicional popular.

Não que um aspecto exclua o outro necessariamente, todavia, cabe o questionamento de que, se o Parlamento, ao qual se atribui com significativo grau de intensidade o domínio do poder soberano do povo, por que razão, na própria Inglaterra, eles compreenderiam que as leis seriam tão inadequadamente postas em diversas situações, a ponto de terem que ser estabelecidos tribunais populares que corrijam tais falhas por meio do senso de equidade dos cidadãos? O Parlamento, por ser representante legítimo da nação, já não seria herdeiro de tal senso de equidade popular também?

José Joaquim Gomes Canotilho tece considerações ainda sobre a relação existente entre Constituição e lei, contexto no qual, lança mão do uso da expressão *always under law* para complementar sua mensagem. O jurista português menciona que, nos Estados Unidos, o império do direito (*The Reign of Law*) ganhou contornos “rasgadamente” inovadores. Como primeiro tópico, e tópico central, destaca o autor, do Estado Constitucional dos Estados Unidos será de referir a ideia de *always under law*. O Estado Constitucional arranca, explica o professor português, desde logo, do direito do povo fazer uma lei superior (*higher lawmaking*), ou seja, uma Constituição em que se estabelecessem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites.

²⁰⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 94

Dentro destes esquemas constitucionais essenciais, entende o autor, incluem-se os direitos e liberdades dos cidadãos (*rights and liberties of citizenship*) juridicamente gerados nas repúblicas e, por conseguinte, inerentes à *higher law* publicamente pasmada por escrito na Constituição. Em segundo lugar, aponta José Gomes Canotilho²⁰⁵, o Estado constitucional associa a juridicidade do poder à justificação (*justifying*) do governo. Não basta qualquer inovação de representação e, muito menos, enfatiza o constitucionalista, um iluminismo qualquer de um qualquer monarca esclarecido.

As razões de governo, defende o doutrinador português, devem ser razões públicas que tornem evidente o consentimento do povo sem ser governado em determinadas condições. Desde logo, reafirma o estudioso²⁰⁶, o governo é sempre um governo subordinado às leis (*government under law*), entendidas estas como um esquema regulativo consistente e coerente formado por um conjunto unificado de princípio de justiça e de direito. Desta forma, conclui José Joaquim Gomes Canotilho, o governo que se aceita ou o governo que está justificado será apenas o governo que nas suas ações, interpretações ou resoluções obedece a esse conjunto de princípios e regras de direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na Constituição. O governo justificado, compreende o jurista português, é, assim, o governo que cumpre a obrigação jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência.

Nova interrupção para destacar que, em outro país, em que o tribunal popular emerge como instituição proeminente, de forma contraditória, adotaria um modelo de jurisdição que, no final do seu procedimento, permite que os juízes cidadãos decidam um caso, sem necessidade de expressamente justificar suas conclusões, assim como, podendo desobedecer a todos os preceitos jurídicos apontados pelo próprio autor.

Por último, o constitucionalista lusitano²⁰⁷ ressalta que é da essência constitucional americana a existência de tribunais que exercem a justiça em nome do povo (*people's court*). Tribunais que devem ser constituídos por juízes oficiais e de juízes, detalha ele, que devem ser agentes do povo, nos quais este deposita a confiança (*trust*) de preservação dos princípios de justiça e dos direitos condensados na lei superior. Se necessário, indica José Joaquim Gomes Canotilho, os juízes farão uso do

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 94

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 94 e 95

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 95

seu direito-dever de acesso à Constituição, desaplicando as más leis do governo e declarando-as nulas (*judicial review of legislation*).

Na sequência, a concepção seguinte apresentada por José Joaquim Gomes Canotilho²⁰⁸ é a de *L'État legal* (Declaração, Constituição e lei). A ideia do Estado de Direito no constitucionalismo francês, indica o jurista português, assentou, ao menos em termos teóricos, na construção de um *État Légal* concebido como uma ordem jurídica hierárquica. No vértice da pirâmide hierárquica, aponta o académico, situava-se a *Déclaration* de 26 de agosto de 1789, consagrando os *droits naturels et sacrés de l'homme*. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, considera o jurista, uma “supraconstituição” e uma “pré-constituição”; “supraconstituição”, esclarece ele, porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição (1791); “pré-constituição”, porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior.

A Constituição situa-se num plano imediatamente inferior à Declaração, afirma José Joaquim Gomes Canotilho. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica, sugere o doutrinador lusitano, e, na base, situam-se os atos do executivo de aplicação das leis. Esta estrutura, esclarece o constitucionalista português, serve, ainda hoje, de paradigma aos estados constitucionais da atualidade. O Estado constitucional, com hierarquia de normas, seria radicalmente oposto ao Estado de Polícia, assenta o estudioso. No entanto, ressalva ele, o Estado constitucional transmutar-se-ia em simples Estado legal, afirmando-se a soberania ou primado da lei com base na doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa.

O princípio da primazia da lei, entende José Joaquim Gomes Canotilho²⁰⁹, servia para a submissão ao direito do poder político sob um duplo ponto de vista: 1) os cidadãos têm a garantia de que a lei apenas pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral (*Déclaration* de 1789, art. 6º); 2) em virtude da sua dignidade (obra dos representantes da nação) a lei constitui fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por esse motivo, todas as medidas adotadas pelo poder executivo com a finalidade de lhe dar execução deveriam estar em conformidade com ela (princípio da legalidade da administração).

²⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra:

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 95 e 96

Mas não só isso, ressalta o acadêmico²¹⁰: como produto da vontade geral, as leis eram necessariamente gerais (generalidade da lei) garantindo, deste modo, a observância do princípio da igualdade perante a lei e conseqüente repúdio das velhas *leges privatae* (privilégios) características do *Ancien Régime*. Como se percebe, desde sua mais remota base de concepção do modelo de Estado de Direito que, provavelmente, tenha predominado no cenário histórico e político da Europa continental, o francês, destaque-se, parecem ser bem mais exaltados, comparativamente pondo ao mundo anglo-saxão, os aspectos de tratamento igualitário entre todos os cidadãos e de força da vontade geral da nação assentada na lei elaborada pelos órgãos de poder legislativo, quiçá, contribuindo para explicar porque, tão rapidamente, os países continentais europeus buscaram implementar formas de jurisdição mista, tendo em conta serem conscientes que a instituição do júri se adequa de forma muito frágil, diante dos dois aspectos mencionados, dos limites que eles sugerem estabelecer.

Entretanto, José Gomes Canotilho relata que a limitação do poder pelo direito resultaria, na França, em uma situação paradoxal. A supremacia da Constituição, aponta o autor, fora neutralizada pela primazia da lei. O doutrinador português também comenta que disso resultou que Carré de Malberg tenha referido ao Estado de direito francês como um Estado legal ou Estado de legalidade relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da administração; mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da Constituição, à semelhança da *paramount law* americana, e insensível à força normativa dos direitos e liberdades declarados logo na *Déclaration* de 1789.

O professor português sugere que possa ser dito que a bondade do constitucionalismo francês quanto à ideia de sujeição do poder ao direito radicaria mais na substância das suas ideias (Constituição, direito) do que na capacidade de engendrar procedimentos e processo para lhes dar operabilidade prática. Não sem razão, considera o jurista, se fala do constitucionalismo francês como um constitucionalismo sem Constituição. José Joaquim Gomes Canotilho²¹¹ igualmente tece considerações a respeito do conceito de *Rechtsstaat*. O doutrinador português menciona que esta palavra, isto é, Estado de direito, teria surgido no início do século XIX como uma dimensão discutida via especial do constitucionalismo alemão. Pretendia-se com isso,

²¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 96

²¹¹ *Op.cit., loc.cit.*

revela ele, significar que o constitucionalismo alemão se situava entre as propostas constitucionais do nomeado constitucionalismo da restauração (modelo: Carta Constitucional de Luís XVIII, de 1812) com o seu princípio estruturante (o princípio monárquico) e o constitucionalismo da revolução com o seu princípio, igualmente estruturante, da soberania nacional (ou popular). Inicialmente, explica o constitucionalista²¹², o Estado de direito começou por ser caracterizado, em termos muito abstratos, como Estado da Razão, Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa.

No final do século, registra José Joaquim Gomes Canotilho²¹³, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: Estado de direito como um Estado liberal de direito. Contra a ideia de um Estado de Polícia que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da felicidade dos súditos, explica o estudioso, o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (Estado de polícia, Estado gendarme, Estado guarda noturno), esclarece o autor, remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência.

Neste contexto, indica o doutrinador português, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por essa razão, alega o constitucionalista, que os dois direitos fundamentais (liberdade e propriedade ou, *Freiheit und Eigentum*, respectivamente) apenas pudessem sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por lei aprovada pela representação popular (doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva de lei).

A limitação do Estado pelo direito, indica José Joaquim Gomes Canotilho²¹⁴, teria de estender-se ao próprio soberano; este estaria igualmente submetido ao império da lei (*Herrschaft des Gesetzes*) transformando-se em órgão do Estado. No âmbito da atividade administrativa, fundamentalmente dedicada à defesa e segurança públicas, os poderes públicos deveriam atuar nos termos da lei (princípio da legalidade da administração) e obedecer a princípios materiais como, por exemplo, revela o autor

²¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 96 e 97

²¹³ *Ibidem*, p. 97

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 97

português, o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*). Logicamente, compreende o professor e constitucionalista, tais princípios conduziram à exigência do controle judicial da atividade da administração.

A partir do que foi comentado, se se justifica o exercício da função do júri por conta do exercício direto do poder soberano pelo povo, não obstante, não deve-se perder de vista que tal exercício do poder soberano não pode, como regra, sem uma forte justificativa do ponto de vista teórico e concreto, escapar ao referido do império da lei, como sói ocorrer na etapa final do procedimento do júri brasileiro, em que, em alguns quesitos, estariam os jurados autorizados a votar livremente por sua consciência, ainda que afrontando gravemente a ordem jurídica estatuída.

Registre-se que, tanto José Afonso da Silva, quanto José Joaquim Gomes Canotilho, identificam, de forma central, o surgimento do padrão de Estado Social de Direito como uma espécie de antecessor mais direto do Estado Democrático de Direito. Entretanto, José Afonso da Silva parece empreender esforço no sentido de que o Estado Social de Direito realmente tenha se desprendido de forma mais substancial da concepção liberal, em prol da justiça social; enquanto José Joaquim Gomes Canotilho aparentemente colocaria uma visão mais realista, por assim dizer, pois, como até os dias contemporâneos aconteceria, o aspecto liberal parece permanecer fortemente ativo em uma boa parcela dos Estados de Direito estabelecidos no cenário político internacional.

Acrescente-se ainda que José Joaquim Gomes Canotilho, numa percepção bastante condizente com o desenvolvimento jurídico e político da história da humanidade, revela que não foi apenas o Estado Social de Direito que despontou, mas sim, que outros dois modelos, o francês e o anglo-saxão, caminhando os três lado a lado, como se espera da complexidade que é inerente ao ser humano e às suas formas de organização política e social.

Mesmo com estas diferenciações apontadas, impõe-se ressaltar que, nem por uma linha, nem pela outra, encontrar-se-á base de sustentação para colocar que o instituto do júri, de modo generalizado e constante, tenha se revelado como componente fundamental, indispensável e plenamente compatível com qualquer uma dessas concepções de Estado de Direito. Em um e no outro, especialmente pela questão de que os jurados estão autorizados a julgar conforme sua consciência e o seu senso de equidade popular, ainda que contra todas as prescrições dadas pelo próprio ordenamento e sistema de direito ao qual estão submetidos, a instituição do júri transita, de forma

delicada, nos limites delineadores básicos de um Estado de Direito, de um Estado Social de Direito.

Ainda que seja tema possível de ser trabalhado de forma isolada em um trabalho científico, pode-se, com larga margem de segurança, deduzir, de acordo com o exposto por José Gomes Canotilho, que o modelo de Estado de Direito adotado pelo Brasil, anteriormente a sua caracterização democrática de Estado, resulta de influência muito mais forte das concepções de Estado de Direito do padrão francês e alemão, do que do inglês e do norte-americano, até porque há longo período prevalece o sistema presidencialista de governo, com grande preponderância do papel do Poder Executivo, bem diverso da supremacia que se atribui ao Poder Legislativo, ao Parlamento, no modelo anglo-saxão.

Nosso sistema parece conjugar bem, com as devidas adaptações ou conformações aos tempos contemporâneos, aos aspectos práticos da realidade, os direitos e ideais franceses com a concepção liberal de Estado, sobretudo, de direito liberal adotado pelos alemães, tendo em vista, principalmente, neste último ponto, o fato de que o Brasil é país plenamente inserido no sistema capitalista econômico que demanda, em maior ou menor grau, a implementação de um sistema jurídico liberal para viabilizar seu seguro funcionamento e pleno desenvolvimento. Se a proposta francesa proporciona um pouco mais de base para sustentação da instituição do júri, a proposta alemã, comparativamente pondero, parece proporcionar bem menos, pois, ainda que se possa discutir em que grau de medida se deva tomar sua recomendação, o fato é que ele recomenda que o próprio “soberano” se subordine ao direito, ao sistema jurídico normativo estatuído.

Questione-se, então, por que razão deve-se sustentar que se mantenha em um Estado, como o Brasil, que também é de direito, que tem seu poder soberano consubstanciado e limitado pelo próprio direito, para fins de que ele próprio não escape de atender aos interesses do povo; como um todo, uma coletividade, uma vontade geral, numa perspectiva mais francesa; como de cada indivíduo tomado isoladamente, nos seus direitos e liberdades individuais mais privados, cujas condições para seu atendimento o Estado deve proporcionar, numa concepção mais liberal alemã; uma instituição como o Tribunal do Júri que, na sua configuração dada, prioritariamente por ser composto de juízes cidadãos, oriundos do povo, este o mais autêntico dono do poder soberano, na qual se permite que tais juízes, no seu momento mais decisivo, o da emissão de seu veredicto, ao qual também se atribui qualidade de soberano, possa

desvincular-se de todo o sistema de direito estatuído, baixo uma pressuposta justificativa de que estariam dotados de um melhor juízo de equidade frente aos juízes magistrados e às próprias normas legislativamente e legitimamente postas, se eles como cidadãos soberanos deveriam também, ao máximo possível e recomendável, estar submetidos a este direito?

Se a resposta que se pode dar não é tão firme no sentido de que a instituição não deveria ser mantida, tampouco o é no sentido de que deva ser, até porque caminha numa linha muito tênue de ameaça, seja aos princípios e ideais de uma concepção de direito, jurídica francesa; seja aos princípios e ideais estabelecidos pela proposta de direito liberal alemão.

Duvidoso, diante de todo o exposto, sustentar que a manutenção e adoção deste modelo tão tradicional de instituição do júri, como sói ocorrer no sistema jurídico e político brasileiro, possa consubstanciar-se em elemento essencial de um Estado de Direito e dos objetivos que este pretenda alcançar. Se a concepção Estado de Direito é um dos componentes centrais na conformação de um Estado Democrático de Direito, o outro é a concepção de democracia, portanto, para tentar estabelecer uma conclusão a respeito da compatibilidade da instituição do júri com um Estado Democrático de Direito contemporâneo, a etapa seguinte necessária a ser cumprida é justamente a de verificar como efetivamente se consubstancia uma democracia, sobretudo, no seu aspecto material.

2.2 O CONCEITO MATERIAL DE DEMOCRACIA COMO ELEMENTO BASE DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A sustentação do Tribunal do Júri é, em regra geral, vinculada à ideia de democracia, pois, sobretudo, pelo seu aspecto formal, pela participação direta do povo no procedimento jurisdicional seria meio legítimo e genuíno de exercício direto do poder soberano do povo. Ao mesmo tempo, a noção de democracia revela-se como elemento base de configuração de um Estado Democrático de Direito que é pertinente, ressalte-se, a inúmeros outros aspectos de estruturação e dinâmica estatal que vão muito além da questão das formas de representação e participação popular.

Por essas razões, impõe-se a busca do alcance de uma concepção de democracia melhor delimitada, sobretudo de uma perspectiva material, para que se possa verificar se realmente o modelo de tribunal popular brasileiro encontraria pleno respaldo e fundamentalidade em uma ordem democrática.

José Afonso da Silva²¹⁵ leciona que democracia trata-se de um conceito essencialmente histórico. Não sendo, por si própria, um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduziriam basicamente nos direitos fundamentais do homem.

Ressalte-se que, de modo imediato José Afonso da Silva revela que a democracia não é um fim em si mesma, no sentido de que, em qualquer hipótese, deva-se sempre buscar a administração das funções estatais por via de participação direta do povo, como se, tal aspecto, formal, por si próprio, garantisse, de modo infalível, a realização de seus valores essenciais. Se, no Brasil, não resta comprovado até hoje que o exercício do júri popular esteja efetivamente contribuindo para a realização de tais valores; mais duvidoso parece tentar alegar que ela exerceria um papel fundamental de manutenção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

José Afonso da Silva ainda leciona que a historicidade dos direitos fundamentais, na mesma medida, sempre envolvera a democracia, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de desenvolvimento social, mantido sempre o princípio básico de que se consubstancia num regime político em que o poder repousa na vontade do povo.

²¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 125 e 126

Sob esse aspecto, comenta o jurista²¹⁶, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático; mas é, sobretudo, assenta ele, um processo de afirmação do povo e garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no transcorrer da história. Diante do exposto, questiona-se: o Tribunal do Júri, na evolução política e social brasileira, na prática, desempenhou ou potencialmente ainda desempenharia papel relevante, fundamental para consolidação desse processo de afirmação do povo e garantia dos direitos fundamentais?

José Afonso da Silva também observa que²¹⁷, nesse processo, vai-se configurando também a noção histórica de povo, posto que, como explicava Burdeau, se é verdadeiro que não existe democracia sem governo do povo pelo povo, a questão central, então, estaria em averiguar o que se entenderia por “povo” e como ele governaria. José Afonso da Silva ressalta que a concepção de povo tem variado com o tempo, porque, se sempre é o “povo” que governa, não é sempre o “mesmo povo”. Por isso é que a democracia da antiguidade grega, reflete o estudioso, não é a mesma dos tempos modernos; nem a democracia burguesa capitalista corresponde à democracia popular.

De acordo com essas observações preliminares, destaca o acadêmico, é que se poderia aceitar a concepção de Lincoln de que a democracia, como regime político, é “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Poder-se-ia assim, também, sugere o constitucionalista brasileiro, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é, esclarece o doutrinador, um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes. Pergunta-se: o tribunal popular brasileiro, especialmente colocado, apresentar-se-ia como elemento tão essencial, a ponto de que a sua retirada do sistema político e jurídico brasileiro afetaria gravemente tal processo de convivência?

Arrisca-se a sugerir, neste trabalho, que, em alguns momentos pode servir a interesse completamente oposto, pois intensificaria o conflito que se estabelece entre o réu e o restante da população, tendo em conta que, este cidadão que está sendo

²¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 126

²¹⁷ *Op.cit., loc.cit.*

submetido a julgamento, de alguma maneira, compreenda ser ilegítimo que uma decisão tão importante, que pode conduzir à restrição da sua liberdade individual, possa ser dada - sem expressa e clara motivação, ressalte-se - por um modelo de juízo popular que afronta e ignora substancialmente outros direitos e valores fundamentais constitucionalmente postos, sem mencionar o fato de que os seus concidadãos, os jurados, os seus julgadores provavelmente não estejam dotados de qualquer conhecimento técnico e científico jurídico.

Que tipo de convivência poder-se-ia esperar alcançar se se estendesse estes parâmetros de atuação a outras áreas de ação social e política que, no caso do Tribunal do Júri, costuma-se justificar em nome da segurança pessoal dos juízes leigos e da imparcialidade de seu veredicto?

José Afonso da Silva²¹⁸ verifica também que uma visão elitista antepõe diversos tipos de pressupostos que julga necessários à existência e realização da democracia. Elitismo, governo de poucos, não é somente uma posição distinta da democracia, governo do povo, mas, enfatiza o jurista, é algo oposto. Apesar disso, o constitucionalista brasileiro registra que Bachrach nota, no pensamento político contemporâneo, a existência de uma forte tendência (quem sabe, predominante) a incorporar à teoria democrática os princípios fundamentais da teoria elitista, que Bachrach denominaria de “elitismo democrático”, que é fora de dúvida, ressalta o professor e constitucionalista brasileiro, uma expressão contraditória.

José Afonso da Silva²¹⁹ destaca que, segundo a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a democracia possível de ser implementada num plano fático consubstanciar-se-ia numa minoria democrática, ou seja, numa elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída do espírito democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum.

Esta fora também a doutrina da segurança nacional, aponta José Afonso da Silva²²⁰, que fundamentou o constitucionalismo do regime militar que a atual Constituição suplantou. Segundo tal doutrina, esclarece o autor, competiria às elites a tarefa de promover o bem comum, por meio de um processo de interação com a massa. “Auscultando” o povo, ressalta o estudioso, as elites nacionais identificariam seus

²¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 126 e 127

²¹⁹ *Ibidem*, p. 127

²²⁰ *Op.cit.*, *loc.cit.*

anseios e aspirações. Possuindo um maior conhecimento da realidade histórico-cultural e dos dados conjunturais, elas possuiriam uma visão mais elaborada dos autênticos interesses nacionais, coloca o jurista, esmiuçando a teoria sob análise. Cabe-lhes, nessa perspectiva, interpretar os anseios e aspirações, difusos no meio ambiente, harmonizando-os, de volta, ao povo que, desse modo sensibilizado, poderia ser capaz de entender e adotar novos padrões que lhe são propostos.

Jose Afonso da Silva²²¹ considera equívoco pensar que esse chamado elitismo democrático se contenta com a tese do governo da minoria, que se limita a sustentar um elitismo de dirigentes. Coerente com sua essência antidemocrática, assinala o autor, o elitismo assenta-se em sua inerente desconfiança do povo, que reputa intrinsecamente incompetente.

Observe-se que, neste texto dissertativo, quando se questiona a falta de preparo técnico dos juízes cidadãos do Tribunal do Júri brasileiro, não se está defendendo, nem de forma extreme e nem genérica de que, no caso da prestação jurisdicional penal sempre e em qualquer caso ou contexto, nunca possa o juiz leigo participar de tal provimento judicial, não se trata aqui de uma abordagem do tipo elitista democrática.

Pela razão anteriormente apontada, prossegue esclarecendo José Afonso da Silva, sua democracia sempre dependeria de pressupostos notadamente elitistas, tais como os de que o povo necessita ser preparado para a democracia, de que esta pressupõe certo nível de cultura, certo amadurecimento social, certo desenvolvimento econômico, e reclama que o povo seja educado para ela, e outros semelhantes que, ao fim e ao cabo, preparam os fundamentos do voto de qualidade e restritivo, pontua o estudioso.

A contradição é evidente, assevera o doutrinador²²², pois supõe que o povo deve obter tais requisitos para o exercício da democracia dentro de um regime não democrático; que as elites devem conduzi-lo a uma situação que justamente se opõe aos interesses delas e as elimina. Ter-se-ia, enfim, compreende o jurista, a singularidade de aprender a fazer democracia em um laboratório “não democrático”.

²²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 127

²²² *Ibidem*, p. 128

José Afonso da Silva²²³ considera que, em verdade, a tese inverteria o problema, transformando pressupostos da democracia, situações que se deveriam ter como parte de seus objetivos: educação, nível de cultura, desenvolvimento, que envolva a melhoria de vida, aperfeiçoamento pessoal, enfim, tudo que se amalgamaria com os direitos sociais, cuja realização cumpre ser garantida pelo regime democrático. Não seriam pressupostos, mas objetivos, sublinha o autor.

Apenas numa democracia, parece posicionar-se José Afonso da Silva, poderia o povo exigí-los e alcançá-los. O constitucionalista²²⁴ reforça seu argumento, alegando que a democracia não necessitaria de pressupostos especiais; considera ele que seria suficiente a existência de uma sociedade. Se um governo emana do povo, é democrático; do contrário, não o é; parece assentar de forma enfática o acadêmico constitucionalista brasileiro.

Impende realizar uma pausa na exposição teórica que está sendo procedida por José Afonso da Silva e destacar uma vez mais que, embora, nesta dissertação encontrem-se alguns argumentos que podem assemelhar-se, de alguma forma, a certas concepções do elitismo democrático, muito distante se deseja estar, sobretudo de sua face mais radical. O que se propõe não é, nem o polo extremo do elitismo, mas também nem o outro polo estabelecido pelo professor e constitucionalista brasileiro.

Como se verificou no capítulo precedente deste Dissertação, a doutrina penal e processual penal já há longa data haveria identificado que sim, o júri, infelizmente, por um lado, requer algumas condições prévias de desenvolvimento e configuração social, política e cultural para bem desenvolver sua função e caminhos para alcançar tais condições são os mais diversos possíveis.

Respeitosamente colocando-se, neste ponto, parece ter esquecido o renomado jurista de lançar um olhar mais aprofundado ao panorama material e histórico, pois ter-se-ia dado conta de que hoje as mais avançadas democracias mundiais estabelecidas, tardaram séculos, sob regimes ora menos, ora mais democráticos, para ir, gradativamente, estabelecendo em seus territórios tais condições mínimas para desenvolvimento de um regime democrático.

Para análise de situações mais localizadas, como é a discussão em torno do júri brasileiro, acredita-se ser pertinente utilizar tal perspectiva, sem necessariamente se

²²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 128

²²⁴ *Op.cit., loc.cit.*

tenha que recair em um discurso extremista. Não obstante as ressalvas procedidas, manifesta-se plena concordância com o autor, de que, num sentido mais amplo, tal linha de argumentação presente no elitismo democrático não deva ser utilizado como meio para inverter as coisas e justificar os abusos e o descaso com que as autoridades estatais, os governos têm tratado as funções que um Estado deveria desempenhar diante das necessidades de sua nação.

José Afonso da Silva afirma que a sociedade primitiva fora democrática; a sociedade política-estatal, conclui, passara a não ser. Por esse motivo, em tal sociedade a democracia pressupõe luta incessante pela justiça social; não pressupõe, esclarece o doutrinador, que todos sejam instruídos, cultos, educados, perfeitos, mas há de buscar distribuir a todos instrução, cultura, educação, aperfeiçoamento, nível de vida digno. Bem dissera, Claude Julien, menciona José Afonso da Silva, que a democracia não pode resignar-se com os *bidonvilles*, os alojamentos insalubres, os salários miseráveis, as condições de trabalho miseráveis. Fundamentar-se-ia na garantia de igualdade, complementa José Afonso da Silva, por essa razão, não pode ser tolerante com a extrema desigualdade entre trabalhadores e classe dominante. Por isso, acrescenta ainda o autor, também é contraditória a tese de uma democracia elitista, que assenta precisamente na existência da desigualdade.

A Constituição, leciona o professor brasileiro²²⁵, estrutura um regime democrático, consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais (exemplo: seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização dessas prestações, assinala o doutrinador, ou seja, a estrutura de modos democráticos (universalização e participação popular), constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º da Constituição Federal. Resta, evidentemente, sugere José Afonso da Silva, esperar que essa normatividade constitucional se realize na prática.

Não percebem que ela é um processo, reclama o constitucionalista²²⁶, e um processo dialético que vai rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecido de novos valores. Como tal, analisa o autor, ela nunca se realiza inteiramente, pois, como qualquer vetor que aponta a valores,

²²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 128

²²⁶ *Ibidem*, p. 129

a cada nova conquista feita, abrem-se outras perspectivas, descortinam-se novos horizontes ao aperfeiçoamento humano, a serem atingidos. José Afonso da Silva²²⁷ revela que a doutrina entenderia que a democracia repousaria sobre três princípios fundamentais, a saber: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade.

O jurista comenta que Aristóteles já dizia que a democracia é o governo no qual domina o número, isto é, a maioria, mas igualmente disse que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais. A igualdade, prossegue o constitucionalista a referir ideias de Aristóteles, é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e fim da democracia. E assim, relata o doutrinador, Aristóteles acaba concluindo que toda democracia se funda no direito de igualdade, e tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade. Aristóteles, como se nota, destaca o estudioso brasileiro²²⁸, não chega a declarar que a igualdade e a liberdade sejam princípios da democracia; não obstante, opina que o pensador grego o faz acertadamente, ao colocar tais elementos como fundamentos, valores da democracia; ressalve-se, contudo, conclama o constitucionalista, que essa democracia de Aristóteles era destinada apenas aos homens livres, a uma minoria, porque o povo, então, era tão-só essa minoria.

José Afonso da Silva²²⁹ firma entendimento de que a questão dos princípios da democracia necessitaria ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento reacionário que escamoteia a essência do conceito, sobretudo quando apresenta a maioria como princípio do regime. Maioria não é princípio, adverte o constitucionalista. É simples técnica, esclarece o doutrinador, de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não o interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o momento histórico.

É certo também, considera o autor, que na democracia representativa, se utiliza também a técnica da maioria para a designação dos agentes governamentais. Mas, justamente, por não ser princípio, nem dogma da democracia, enfatiza o jurista, senão

²²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 129

²²⁸ *Op.cit., loc.cit.*

²²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 130

mera técnica que pode ser substituída por outra mais adequada, é que se desenvolveu a da representação proporcional, que amplia a participação do povo, por meio de representantes, no poder. Ainda assim, ressalva José Afonso da Silva, o elemento maioria é amplamente empregado nos regimes democráticos contemporâneos.

Uma análise mais acurada, todavia, aponta o professor, demonstra que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas a uma minoria dominante. Esta situação, compreende o constitucionalista, fica muito clara no processo de formação das leis, que é aspecto importante do regime político, notadamente nas estruturas sociais divididas em classes de interesses divergentes, em que dificilmente se consegue atinar com o que seja o interesse geral. Ai é que as leis exercem um papel de arbitragem importante, considera o estudioso, nem sempre mais democrático, porque, no mais das vezes, tem por interesse geral o da classe dominante.

Foi tendo em vista a técnica da maioria e a importância da lei que José Afonso da Silva comenta já haver enunciado que quanto mais divergentes são os interesses das classes sociais, quanto mais aguçadas são as contradições do sistema social vigente, tanto mais acirrados são os debates e as lutas no processo de formação das leis, já que estas é que vão estabelecer os limites dos interesses em jogo, tutelando uns e coibindo outros. Dai também, registra o doutrinador²³⁰, a luta prévia relativa à composição dos órgãos incumbidos da função legislativa, pois que, no regime de representação popular e decisão por maioria, os titulares de interesses que conseguirem maior representação terão a possibilidade de domínio. Essa luta prévia, explica José Afonso da Silva²³¹, se traduz no procurar evitar-se que os interesses dominados, ou que se quer dominar, venham a participar da legislação. A história registra esse embate, que tem culminado nas grandes revoluções, sempre com a consequência de novas conquistas democráticas, assinala o autor.

Por essa razão, o jurista²³² adicionalmente registra seu entendimento de que a verdade, a que se chega através da lei, é apenas formal, como na sentença judicial, posto que a lei jurídica nem sempre corresponde ao direito sociocultural, nem sempre interpreta a realidade social segundo um princípio de justiça. Várias vezes, o Direito

²³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 130 e 131

²³¹ *Ibidem*, p. 131

²³² *Op.cit.*, *loc.cit.*

legislado representa tão-só um compromisso entre os interesses em choque. O regime representativo, no Estado burguês, conclui o estudioso²³³, busca resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar. Maioria que, adverte o doutrinador, nem sempre exprime a representação da maioria do povo, tendo em vista que o sistema eleitoral impõe grandes obstáculos à parcela considerável da população, quanto ao direito de voto, para a composição das câmaras legislativas.

Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo a que a maioria do povo aspira, alerta outra vez José Afonso da Silva, pelo contrário, em grande parte, busca sustentar os interesses gerais da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, reflete o autor, por meio do sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão pela qual, alcançando a maioria parlamentar, obtêm uma legislação favorável.

A democracia, na realidade, compreende o teórico²³⁴, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: 1) o da soberania popular, segundo a qual o povo é a única fonte de poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; 2) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular, nas situações em que a participação é indireta, se revela um princípio derivado ou secundário, anota o autor: o da representação. As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios têm variado, afirma o doutrinador, e certamente continuarão a variar, com a evolução do processo histórico, predominando, no momento, as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão e coordenação da vontade popular.

Igualdade e liberdade também não são princípios, afirma José Afonso da Silva²³⁵, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de realização no plano prático. A igualdade é valor fundante da democracia, esclarece o jurista, não a igualdade formal, mas a substancial. Como bem observara

²³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 131

²³⁴ *Op.cit., loc.cit.*

²³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 131 e 132

Pinto Ferreira, refere José Afonso da Silva²³⁶, evidentemente, se a igualdade é a essência da democracia, deve ser uma igualdade substancial, realizada, não só formalmente no campo jurídico, porém estendendo a sua amplitude às demais dimensões da vida sociocultural, inclusive na área vital da economia. É valor fundante porque, ensina o autor²³⁷, sem sua efetiva realização, os demais não se verificarão. A forma qualitativamente diferente de realizar esses valores é que distingue as duas versões atuais da democracia, anota o estudioso: democracia capitalista ou burguesa e democracia popular ou marxista.

Nesse aspecto, o constitucionalista²³⁸ diz que também acredita que seja necessário empreender a reelaboração da matéria, tendo em conta que falar pura e simplesmente em igualdade e liberdade pode dar a ideia tradicional do formalismo com que tais termos são empregados na literatura constitucional e política. Assim, o acadêmico assenta sua preferência em considerar que a democracia seja o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem. Como, no entanto, os direitos econômicos e sociais são conhecidos, na atualidade, como indispensáveis à concretização dos direitos-individuais, o jurista revela ter chegado à conclusão de que garanti-los é missão de um regime democrático eficiente.

Assim, coloca José Afonso da Silva, a democracia (“governo do povo, pelo povo e para o povo”), apontaria para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente, escreve o autor. É nesse sentido, diz ele, que também se pode dizer que os direitos humanos fundamentais são valores da democracia.

Em outros termos, anota o constitucionalista: ela deve existir para realiza-los, com o que estará concretizando a justiça social. A insuficiência da democracia em realizar esses valores até o momento, no plano concreto, compreende o constitucionalista²³⁹, não retira a sua validade, pois, como já por ele colocado, ela é um conceito histórico, tanto quanto os valores que busca garantir, o que ela nem sempre consegue pacificamente, ressalva o doutrinador.

²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 132

²³⁷ *Op.cit., loc.cit.*

²³⁸ *Op.cit., loc.cit.*

²³⁹ *Op.cit., loc.cit.*

Ao contrário, afirma José Afonso da Silva, por ser “governo do povo, pelo povo e para o povo”, só se firma na luta incessante, no embate constante, não raro, destaca o jurista, pela via revolucionária, inclusive quanto ao próprio conceito de povo que é essencial à ideia de democracia. Vale dizer, portanto, conclui o doutrinador²⁴⁰, que o conceito de democracia fundamenta-se na existência de um vínculo entre o povo e o poder.

Como este recebe qualificação na conformidade de seu objeto e modo de atuação, registra o constitucionalista, chamando-se poder político, poder econômico, poder social, a liberação democrática vai-se estendendo, com o correr do tempo, a esses modos de atuação do poder. Isto é, compreende o jurista, a democratização do poder é fenômeno histórico, daí o aparecimento de qualificações da democracia para denotar-lhe uma nova faceta, sugere o autor: democratização do poder político, democracia política; democratização do poder social, democracia social; democratização do poder econômico, democracia econômica. São incrementos e ajustamentos no conteúdo da democracia, assenta o estudioso.

Konrad Hesse²⁴¹, a seu turno, compreende que o “significado decisivo jurídico-constitucionalmente” do conceito de democracia pode ser obtido somente com base na forma concreta da democracia pela Constituição. Konrad Hesse²⁴² explica que a Lei Fundamental não normatiza a democracia no sentido de um modelo completo e perfeito, senão, apenas em alguns traços fundamentais, a partir do momento em que cria regras indispensáveis para o funcionamento da ordem democrática e, no momento em que ela buscar assegurar constitucionalmente bases e estruturas fundamentais dessa ordem. Dentro desse quadro, destaca o autor, a Lei Fundamental, assinala ele, deixaria a questão sobre o conteúdo da democracia a cargo da discussão política livre; existindo, portanto, espaço para a realização de ideias diferenciadas.

O princípio democrático é o princípio diretivo da ordem do processo político, leciona o professor alemão²⁴³, no qual o poder estatal é criado e no qual o poder estatal torna-se eficaz (vide art. 20, alínea 2, frase 1 da Lei Fundamental). Com isso, alega o jurista, a Lei Fundamental não se decide por um domínio do povo no sentido de

²⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 133

²⁴¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 115

²⁴² *Ibidem*, p. 117

²⁴³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 118

democracia da identidade. A compreensão da democracia como autogoverno do povo corresponde, sem dúvida, entende o teórico, a uma determinação difundida no continente europeu durante muito tempo, de sua natureza.

Porém, Konrad Hesse alega que a tentativa de transformar em realidade identidade de governantes com governados sem mediação, dificilmente poderá ser bem sucedida; o doutrinador compreende que ela leva em si o perigo de converter-se em domínio total. Também a democracia direta, enuncia o estudioso, que mais se aproxima do autogoverno do povo, “é domínio de homens sobre outros homens”, e precisamente, da maioria sobre a minoria; mesmo no caso de unanimidade, analisa o jurista alemão, ela ainda é domínio daqueles que participaram na votação, sobre os não-votantes, e a afirmação da identidade de governantes com governados é nada mais que uma identificação entre domínio da maioria e domínio do povo, adverte o professor.

Konrad Hesse coloca que, ainda menos, corresponde a aceitação de uma tal identidade às verdadeiras relações de domínio da democracia indireta, predominante sob as condições da estatalidade moderna. O povo não pode mesmo decidir sobre todos os assuntos da vida estatal, entende o acadêmico alemão; alega serem necessários órgãos especiais de direção e formação de vontade. Aqui, ressalta ele, identidade de governantes com governados deixa-se afirmar somente sobre a base de outra identificação, ou seja, aquela do domínio daqueles órgãos com aquele do povo.

Percebe-se nas proposições feitas por Konrad Hesse, respeitadas e ressalvadas opiniões em contrário, um grande equilíbrio entre uma visão idealizada e uma visão pragmática de como funciona e de como se supõe deveria funcionar um regime democrático. E é justamente pelo ponto-de-vista pragmático levantado por Konrad Hesse que se pode perceber que não necessariamente toda e qualquer forma de intervenção direta dos cidadãos, por mais democrática que aparente ser, pode contribuir para uma consolidação dos próprios valores que a democracia mesma deseja tutelar.

Não se afigura tão desarrazoado, então, trabalhar a hipótese de que o júri brasileiro exemplifique uma das situações em que o exercício da soberania do povo deva se dar de forma intermediada.

O acadêmico alemão²⁴⁴ leciona que na estrutura da Lei Fundamental alemã a democracia seria forma de racionalização do processo político. Ela cria racionalidade

²⁴⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 122

pelo seu próprio procedimento de formação da vontade política e pela publicidade desse procedimento. O procedimento democrático de formação da vontade política conduz a uma moldagem das direções de vontade não-moldadas, detalha o autor. Ele possibilita decisão segundo regras firmes. Ele fundamenta responsabilidade e cria possibilidades de realizar essa responsabilidade, acrescenta o doutrinador.

Konrad Hesse²⁴⁵ destaca que ele não deixa o procedimento de formação da vontade política na obscuridade dos pactos ou decisões de detentores do poder incontroláveis, senão o põe fundamentadamente na luz do público. Nesse sentido, pode-se sugerir que o Tribunal do Júri brasileiro, persistindo nesta sua configuração, em que a motivação da decisão dos jurados resta oculta, estaria indo de encontro a essa racionalização do processo político, pois contribui para deixar na obscuridade parte do procedimento de formação da vontade política²⁴⁶.

Alcino Pinto Falcão²⁴⁷ também coloca em debate a questão do regime democrático e das formas de investidura dos órgãos dos poderes estatais. O autor

²⁴⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 122 e 123

²⁴⁶ Ainda que pareça estar tratando mais especificadamente da noção de soberania, a parte extraída da obra de Antonio-Enrique Pérez Luño se revela melhor enquadrada no tema da democracia amplamente posto, até porque, o autor cita expressamente idéias acerca de democracia estabelecidas por Konrad Hesse, razão pela qual se colaciona, a seguir, as reflexões adicionais propostas pelo jurista latino-americano neste ponto do texto dissertativo: *Antonio Enrique Perez Luño trata a soberania popular como princípio fundamentador da ordem constitucional democrática. O autor leciona que a democracia é (de acordo com Konrad Hesse) o princípio diretivo (Leitprinzip) da ordem do processo político. O princípio democrático expresso na ideia de soberania popular, coloca o estudioso, longe de ser uma categoria abstrata ou puramente retórica, consubstancia em uma resposta normativa ao problema da legitimação política no plano material e formal. No primeiro, explica Antonio Enrique Perez Luño, porque condiciona a legitimação constitucional do poder à participação política dos cidadãos, a respeito de seus direitos fundamentais e ao reconhecimento do pluralismo de iniciativas e alternativas sociais. No segundo, esclarece o autor, porque representa simultaneamente uma fórmula de racionalização do processo político e uma forma de limitação do poder estatal. A atuação normativa do princípio da soberania popular, registra Antonio Enrique Perez Luño, é uma condição para a democratização efetiva dos distintos processos e instituições da ordem estatal. Direciona-se a garantir que qualquer exercício de poder por parte dos órgãos do Estado se realizará em virtude de sua prévia legitimação popular e no interesse do povo, compreende o estudioso. Mas, ressalva o acadêmico, de outro lado, a necessidade de que o exercício da soberania popular se realize através dos calces normativos que impõe o Estado de Direito supõe uma garantia frente aqueles que não denunciado o perigo de que o princípio democrático pudesse degenerar em governo totalitário da maioria de caráter decisionista e incompatível com as garantias formais do Estado de Direito. Saindo ao passo destes temores, comenta Antonio Enrique Perez Luño, Hesse não hesita em defender a possibilidade de uma síntese dialética entre democracia e Estado de Direito, a partir da qual os dois termos da polaridade se conjugam em uma democracia do Estado de Direito (demokratischen Rechtsstaat).* (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2002. p. 204 a 205)

²⁴⁷ FALCÃO, Alcino Pinto. *Constituição anotada*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957. Vol. I. p.

assinala que, em se tratando de órgãos de um dos poderes que exercem a soberania²⁴⁸, poderia parecer que, não prevendo a Constituição a sua investidura através de eleição, nisso se haveria ela se afastado de “forma” de Estado democrático, conforme enunciado pelo preâmbulo.

A resposta ao problema levantado, aponta o jurista, poderia ser encontrada nas lições de Carl J. Friedrich (*Der Verfassungstaat der Neuzeit*), que proporia entendimento de que a eleição é um método e este, por exigências objetivas, poderia impor ou aconselhar outra modalidade de investidura, através de seleção que não por meio de eleição, mas sim pelo critério técnico.

Perceba-se que o doutrinador brasileiro em questão também levanta, de alguma maneira, a mesma recomendação dada por José Afonso da Silva de que a democracia não é um fim em si mesma, mas realmente funciona muito mais como um método, nem sempre significando que uma forma direta de participação dos cidadãos seja aquela que melhor alcance a proteção dos valores democráticos.

No caso de Alcino Pinto Falcão, este questiona que a escolha de representantes via eleição seria necessariamente a melhor maneira de recrutar os agentes estatais e, logo em seguida, sugere que esta escolha deva ser procedida por meio de critério técnico em algumas situações.

Tendo em conta as considerações trazidas pelo autor, poder-se deduzir que tampouco ele apoiaria a existência de uma instituição de participação direta do cidadão, a exemplo do Tribunal do Júri, tão somente pelo critério de ser dotada desta característica formal, e, por essa única razão, tal órgão devesse necessariamente ser considerado como fundamental para a manutenção e eficácia de um regime democrático.

Destaque-se que Alcino Pinto Falcão também estabelece ressalvas ao próprio método da eleição, uma das formas mais genuínas de representação indireta do povo,

²⁴⁸ *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* destaca que o Estado, no sentido estrito da palavra, surgiu na história no exato momento em que certos monarcas, como os franceses, se afirmaram detentores do mais alto poder, recusando sujeição ao Papado ou ao Império. O acadêmico brasileiro constata que se costuma-se opor na teoria do Estado, soberania à autonomia. Nessa contraposição, o jurista diz entender que a soberania é o “caráter supremo” de um poder; supremo, esclarece o doutrinador, visto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele. Já a autonomia, esclarece o constitucionalista brasileiro, é o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro de limites traçados por lei estatal superior. Na clara lição de Sampaio Dória, refere Manoel Gonçalves Ferreira Filho, soberania é o poder que dita, é o poder supremo, aquele acima do qual não haja outro. Só esta determina a si mesma os limites de sua competência, prossegue o autor, replicando a lição de Sampaio Dória. A autonomia, não; portanto, ela atua dentro dos limites que a soberania lhe tenha prescrito. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 68)

que, de acordo com o seu pensamento, nem sempre e em qualquer caso representará, se sustentará como um procedimento fundamental a ser cumprido para fins de funcionamento ou aprimoramento de um regime democrático.

Além disso, o estudioso procede à defesa de que o uso do critério técnico, conforme a situação analisada, deva ser priorizado, algo que, neste trabalho científico, se propõe deva ocorrer no caso, sobretudo, do recrutamento e seleção daqueles que atuarão na prestação jurisdicional penal que demanda atualmente grande capacitação técnica e científica dos seus agentes, algo que efetivamente a maioria dos juízes leigos do tribunal popular brasileiro contemporâneo não parecem ser dotados.

Observe-se ainda que, o que expõe Alcino Pinto Falcão trata, assim como procederam os demais autores citados nesta temática, as instituições estatais, tendo em vista seu viés mais pragmático, antes de mais nada, como componentes da administração estatal em seu sentido mais estrito, o que nos levaria a ratificar que, no caso do júri, efetivamente o direito mais imediatamente tutelado é o de participação do cidadão na administração da justiça e não a liberdade individual, algo que o instituto jurídico do habeas corpus, de caráter mais abstrato, por assim dizer, cumpre melhor essa função.

Registre-se ainda que Alcino Pinto Falcão²⁴⁹, analisando o art. 141, § 28 da Constituição Federal de 1946, assentara entendimento que não caberia, no momento, discutir se o julgamento por júri se impõe, ou não, em prol da boa distribuição da justiça criminal ou se esta seria mais consentaneamente atingida por meio de juízes togados. As opiniões modernamente se dividem, defendia o jurista, e, sob o prisma do direito constitucional, o argumento a favor mais interessante é o de que, sendo a jurisdição criminal uma manifestação de soberania, nela deve tomar lugar o povo, assim como este colabora na legislação por meio de representantes eleitos.

Não obstante, destaca ele, aqueles que se mostram adversários do júri poderão alegar que motivos de ordem técnica são suficientes, no que toca à função judicial, para fugir a um rigor democrático. Segundo coloca Alcino Pinto Falcão, o mais grave problema com que se defronta a instituição do júri é o da falta de imparcialidade dos jurados. Aproveitando este último ensejo dado pelo autor, compreende-se seja pertinente adicionar a tal observação algo que, talvez, tenha passado despercebido pelo autor, de que tal problema de imparcialidade, no fundo, de forma menos ou mais direta,

²⁴⁹FALCÃO, Alcino Pinto. *Constituição anotada*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957. vol. II. p. 210 e 211

esteja conectado justamente com a falta de capacitação técnica que qualifica usualmente os juízes cidadãos do júri brasileiro; em outros termos, outro forte ponto de apoio para argumentar que no caso da jurisdição processual penal, o mais recomendável, de uma perspectiva democrática, o ideal seja a seleção de seus membros em face do componente técnico.

Tomando-se todas as noções de democracia aqui apresentadas e destacando-se que em todas elas atribui-se grande importância à dimensão concreta, ao aspecto material de um regime democrático, de atendimento efetivo de suas finalidades, do respeito e proteção aos direitos e valores por ela abarcados, conclui-se que o modelo de Tribunal do Júri brasileiro dificilmente encontrará pleno respaldo numa concepção material de democracia que se revela como elemento base de um Estado Democrático de Direito.

Se o tribunal popular encontra elevado grau de dificuldade de compatibilização com este componente-chave, muito difícil provavelmente que consiga encontrar compatibilidade com o conjunto da ordenação e dinâmica de um Estado Democrático de Direito contemporâneo em seu sentido mais amplo ou “completo”, como se tentará delinear na continuidade desta Dissertação.

2.3 UMA CONCEPÇÃO COMPLETA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Após estabelecidos e aprofundados os conceitos anteriormente postos, pode-se tentar alcançar uma concepção completa de Estado Democrático de Direito, pois se revela como objetivo central deste trabalho averiguar se a instituição do Tribunal do Júri demonstra ser compatível, especialmente, com o modelo de Estado Democrático de Direito adotado no caso brasileiro. Conforme já sinalizado na introdução deste capítulo, para melhor compreensão, teórica e prática, do que seja Estado Democrático de Direito no Brasil, em linhas gerais, não se encontrará nada doutrinário mais originário do país, grande parte do que os doutrinadores tomam como base, ou provém diretamente da doutrina estrangeira, ou desta partem e procedem-se às devidas adaptações ao que corresponde à realidade concreta do país. Portanto, verifique-se, dentre os autores e obras consultados, quais noções de Estado Democrático de Direito a que se deva aderir para fins de alcance dos objetivos traçados neste trabalho de investigação científica.

José Afonso da Silva²⁵⁰, exemplificativamente tomando, ensina que a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, em verdade, ressalta o jurista, na criação de um conceito novo, que toma em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E ai, destaca o doutrinador, se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição Federal de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se consubstancia em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição ai já o está proclamando e fundando.

A Constituição de Portugal, observa o estudioso²⁵¹, instaura o Estado de Direito Democrático, com o democrático qualificando o direito e não o Estado. Essa é uma distinção formal entre as duas Constituições referidas, registra o acadêmico. A brasileira, revela José Afonso da Silva, emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O direito, então, explica o autor, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que se ajustar ao interesse coletivo.

Contudo, ressalva o constitucionalista, o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito, quando afirma que ele é embasado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivos a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa (indica o art. 2º, redação da 2ª revisão, 1989).

O jurista brasileiro²⁵² argumenta que a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo

²⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 119

²⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 119

²⁵² *Ibidem*, p. 119 e 120

único); participativa, esclarece José Afonso da Silva, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, posto que respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergente e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade, há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

É um tipo de Estado, compreende o autor²⁵³, que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.

Nesse quadrante, menciona o jurista, é ainda pertinente recordar o pronunciamento de Elías Díaz, que se revelou profético. De acordo com o constitucionalista brasileiro, Díaz entendera que, desta forma, e sem querer chegar com isso apressadamente à grande síntese final ou a qualquer outra forma de culminação da história, cabe dizer que o Estado Democrático de Direito emerge como uma fórmula institucional em que atualmente e, sobretudo, para um futuro próximo, pode vir a concretizar-se o processo de convergência em que pode ir concorrendo as concepções atuais da democracia e do socialismo.

O certo, contudo, afirma o acadêmico brasileiro²⁵⁴, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, somente abre perspectivas de realização social profunda por meio da prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

A respeito da função desempenhada pela lei no Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva²⁵⁵ defende que o princípio da legalidade é também princípio

²⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 120

²⁵⁴ *Op.cit., loc.cit.*

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 121

basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito, reforça o autor, subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.

Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas, explica o doutrinador, da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais. Deve, pois, assinala o constitucionalista, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto o seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida através de procedimento constitucional qualificado.

A lei é, afirma José Afonso da Silva, efetivamente o ato oficial de maior destaque na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, ensina o autor, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de modo que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses. É precisamente no Estado Democrático de Direito, anota o jurista²⁵⁶, que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico; posto que, ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade.

Significa dizer que, esclarece o doutrinador, a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois necessita intervir na realidade social. E, se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, coloca o acadêmico, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos – argumenta o estudioso.

²⁵⁶ *Ibidem.*, p. 121 e 122

José Afonso da Silva²⁵⁷, já em sede conclusiva a respeito de sua conceituação de Estado Democrático de Direito, escreve sobre o que entende por princípios e tarefa do Estado Democrático de Direito. O princípio da constitucionalidade, leciona o autor, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos dele provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional. Observe-se, por conseguinte, que o Tribunal do Júri instituído no sistema político e jurídico brasileiro, mesmo que estabelecido originariamente pela própria Constituição Federal, em verdade, coloca em risco inúmeros outros direitos e garantias fundamentais pela mesma Carta Política também estabelecidos, e na relação custo-benefício, dessa forma expressando, especialmente no caso brasileiro, os problemas manifestos pelo tribunal popular não parecem encontrar compensação. Sinteticamente colocando, a instituição do júri não se compactua de modo fundamental e seguro com o princípio da constitucionalidade.

O princípio democrático, prossegue o doutrinador, que nos termos da Constituição, há de consubstanciar uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (vide art. 1º da Constituição Federal). O sistema de direitos fundamentais, acrescenta o jurista, compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (cite-se os Títulos II, VII e VIII da Constituição brasileira).

Acerca do princípio da justiça social, referenciado no art. 170 caput, e no art. 193 da CF88, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como já dito pelo autor, a Constituição não prometeu uma transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas, com certeza, considera o estudioso, ela se abre igualmente, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica.

No que diz respeito ao princípio democrático, como em mais de uma oportunidade se verifica no transcorrer deste trabalho, o instituto do júri, aparentemente, parece encontrar base de sustentação, sobretudo, no seu aspecto formal. Entretanto, de

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005. p. 122

uma perspectiva material, de alcance efetivo e concreto dos valores democráticos, larga margem de problemas se apresentam para que, não apenas sua compatibilidade, mas, sobretudo, sua caracterização como elemento fundamental seja confirmado. José Afonso da Silva ainda elenca como princípios do Estado Democrático de Direito: o princípio da igualdade (art. 5º, caput e inc. I); o princípio da divisão de poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95); o princípio da legalidade (art. 5º, inc. II); e, por último, menciona o princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII). Acerca da tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, o autor entende que esta consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

No tocante a estes demais princípios sugeridos por José Afonso da Silva, verifica-se que, tampouco, a instituição do júri respeitaria, de forma íntegra, o princípio da igualdade, pois, trata desigualmente aqueles que estão sendo processados por crimes dolosos contra a vida em relação a outros cidadãos que estejam sendo processados criminalmente por outras infrações tão ou mais graves que as de crime dolosos contra a vida, ao submetê-los a um procedimento em que podem resultar injustamente condenados e privados da sua liberdade individual, por meio de juízes leigos instituídos em suas funções, sem a menor verificação de que estes estejam dotados de competências técnicas minimamente exigíveis para a implementação de uma adequada jurisdição criminal.

Quanto ao princípio da segurança jurídica, ainda menos, o Tribunal do Júri revelaria maior grau de conformação, pois se os jurados podem votar sigilosamente e sem necessidade de motivação expressa, como bem indicar sua consciência, ainda que em sentido contrário ao que comanda o sistema jurídico ao qual estão subordinados, nada impede que, até mesmo em casos quase idênticos, inúmeras decisões diferentes se apresentem, dificilmente havendo-se em falar de segurança jurídica.

Como já restou demonstrado, se no veredicto final, os juízes cidadãos estão autorizados a julgar pelo seu próprio bom senso ou seu senso de equidade, inclusive sob a alegação de que corrigiriam as inadequações do sistema legal estatuído, sobrepondo-se, conforme a situação, a todas as regras e normas estabelecidas por este mesmo sistema, não restará muita margem de dúvida para se afirmar que o órgão jurisdicional popular e o exercício de sua função despontam frontalmente como uma ameaça ao princípio da legalidade. Não se pode negar que inúmeras regras e normas processuais penais estão estatuídas para que, no momento em que se instala a sessão do júri, os

jurados estejam protegidos e livres, em tese, de influências exteriores, e da influência de uns sobre os outros, para fins de que, no momento votação do veredicto, tenham tido condições fazê-lo, ao máximo possível, apenas conforme sua consciência, de modo independente.

Contudo, da mesma forma, não se pode negar que, mesmo assim, existem inúmeros meios que podem ser utilizados para que os jurados sejam indevidamente influenciados ou manipulados, durante o período de procedimento do júri e no transcorrer da sessão de julgamento propriamente dita, inclusive, por conta dos demais membros oficialmente admitidos a atuar no referido procedimento, até mesmo pelos seus demais colegas jurados, ainda que entre eles seja vedada qualquer forma de comunicação.

Acrescente-se a tudo que foi anteriormente mencionado, a sua falta de prévia capacitação técnica e científica; a pré-compreensão²⁵⁸ que já trazem enraizada pela sua própria experiência de vida, pelas circunstâncias políticas e sociais a que cada um encontra-se subordinado e outros modos de interferência exterior prévia e indevidamente postos; todos estes aspectos problemáticos mencionados, revelam mais custoso ainda conceber que no procedimento do júri fique assegurado o respeito ao princípio da independência do juiz, no caso, da figura dos juízes cidadãos.

²⁵⁸ Acerca da temática da Pré-compreensão, *Hans-Georg Gadamer* coloca que, face a qualquer texto, reconhece o jurista, nossa tarefa é não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos linguísticos. Pelo contrário, diz que reconhecemos como nossa tarefa o alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito linguístico epocal e de seu autor. Naturalmente, afirma o acadêmico, o problema é saber como é possível satisfazer essa exigência geral. Principalmente no campo da teoria do significado, o caráter inconsciente dos próprios hábitos linguísticos opõe-se a isso, enfatiza o estudioso. Ao mesmo tempo, Hans-Georg Gadamer questiona-se de que forma é possível conscientizar-se das diferenças entre o uso linguístico costumeiro e o do texto? Em geral, sugere o autor, tem-se de dizer que é somente a experiência do choque com um texto o que nos faz parar e perceber um possível ser-diverso do uso da linguagem. É uma pressuposição geral, revela o autor, que alguém que fala a mesma língua toma as palavras que ele emprega no sentido que me é familiar; tal pressuposição, afirma o teórico, somente se torna questionável em casos singulares. A mesma coisa, observa Hans-Georg Gadamer, ocorre no caso da língua estrangeira, pois que supomos conhecê-la de modo mediano, e pressupomos esse uso linguístico mediano na compreensão de um texto. O jurista considera que aquilo que afirmamos a respeito da opinião prévia do hábito linguístico vale igualmente para as opiniões prévias de conteúdo, com as quais lemos os textos e que constituem nossa “pré-compreensão”. Fala que, também aqui se coloca o problema de como achar a saída do “cabo de força” das próprias opiniões prévias. Não se pode, assinala o estudioso, de modo algum, pressupor como dado geral, que o que nos é dito por alguém, em conversação, por carta, em um livro ou seja como for, encontra-se, de antemão, sob a pressuposição de que o que é exposto é sua opinião e não a minha, da qual eu devo tomar conhecimento, sem precisar compartilhá-la. Não obstante, ressalva Hans-Georg Gadamer, não representa uma condição que facilite a compreensão, senão que, antes, uma nova dificuldade, na medida em que as opiniões prévias que determinam minha compreensão podem continuamente passar completamente desapercibidas. Se elas motivam mal-entendidos, questiona-se o teórico como seria possível sequer a percebê-los face a um texto, aonde não houver contra-objeções de um outro? Como se pode proteger um texto previamente frente a mal-entendidos? (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 403 e 404)

Difícil alcançar outra conclusão, senão a de que, devido a todos estes fatores, a instituição do júri não conseguiu desempenhar, no transcorrer da história brasileira, função essencial ou relevante para o efetivo cumprimento da tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, de superação das desigualdades sociais e regionais e de instauração um regime democrático que realize a justiça social. Muito seguramente, sugere-se, que o desenvolvimento político e social brasileiro não restará paralisado ou gravemente afetado, se, eventualmente o Tribunal do Júri fosse excluído de nosso sistema político e jurídico.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁵⁹, a seu turno, após ter desenvolvido exposição específica acerca do desenvolvimento da figura do Estado de Direito, alcança sua concepção de Estado de direito democrático-constitucional. O Estado constitucional, afirma o especialista português, não é e nem deve ser apenas um Estado de direito. O doutrinador anota que, se o princípio do Estado de direito se revelou como uma linha *Maginot* entre Estados que possuem uma Constituição e Estados que não possuem uma Constituição, isso não significa que o Estado constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. O autor²⁶⁰ argumenta que ele deve estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do direito e do poder no Estado constitucional, registra o acadêmico, significa, dessa perspectiva, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos.

O princípio da soberania popular é, pois, pondera o estudioso, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva dos cidadãos, conclui os juristas. José Joaquim Gomes Canotilho²⁶¹, inicia a apresentação do seu conceito mais propriamente dito de Estado Democrático de Direito de forma similar a que procede José Afonso da Silva, pois trabalha também com esta noção de duplicidade de elementos. O jurista português coloca que, tomando em consideração os elementos Estado de direito e democracia, deva-se questionar, se existiriam dois corações políticos no Estado. O teórico considera que o Estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, desse modo, analisa o professor português, em

²⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra:

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 98

²⁶¹ *Op.cit.*, *loc.cit.*

primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito.

As ideias do governo de leis e não de homens, de Estado submetido ao direito, de constituição como vinculação jurídica do poder foram, como visto, comenta o doutrinador lusitano, tendencialmente realizadas por institutos como os *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *príncipe de la légalité*. No entanto, diz o constitucionalista, algo faltava ao Estado de direito constitucional: a legitimação democrática do poder. Acontece que, sugere ele, até a conciliação entre Estado de direito e democracia merece sérias reticências a muitos autores e suscita verdadeiras perplexidades. Assim, por exemplo, aponta o estudioso, nos quadrantes culturais norte-americanos é conhecido o cismo entre os constitucionalistas (*constitutionalists*) e os democratas (*democrats*) para significar a opção preferencial a favor do Estado juridicamente constituído, limitado e regido por leis (constitucionalistas), ou o Estado constitucional dinamizado pela maioria democrática (democratas). Na Alemanha, registra o jurista, são inúmeras as controvérsias sobre as antinomias entre *Demokratie* e *Rechtsstaat*. Na França, explica José Joaquim Gomes Canotilho²⁶², Benjamin Constant teria celebrizado a distinção entre liberdade dos antigos, amiga da participação na cidade, e liberdade dos modernos assenta na distanciação perante o poder.

O que significam, no fundo, estas persistente angústias perante a simbiose de Estado de direito e Estado democrático no Estado Constitucional? Questiona-se o autor português²⁶³. O académico português comenta que alguns respondem que Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade.

No Estado de direito, revela o estudioso, concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma liberdade de defesa ou de distanciação perante o Estado. É uma liberdade liberal que curva o poder, assinala o académico. Ao Estado democrático, entende o constitucionalista, estaria inerente a liberdade positiva, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a liberdade democrática que legitima o poder, indica o doutrinador.

A lógica escondida nestas duas liberalidades, relata o jurista português, leva mesmo os autores a falarem *de two profoundly divergent and irreconcilable attitudes to the ends of life* (Isaiah Berlin) ou da propensão para um *dualism of American mind*, isto

²⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra:

²⁶³ *Ibidem*, p. 99

é, esclarece ele, a propensão para um *dualism of American mind*, isto é, a propensão to *divide their political hearts between the will of the people and the rule of law* (coloca o autor, citando McCloskey). O coração balança, portanto, assenta o estudioso, entre a vontade do povo e a *rule of law*. A ideia de que a liberdade negativa tem precedência sobre a participação política (liberdade positiva) é um dos princípios básicos do liberalismo político clássico, revela José Joaquim Gomes Canotilho.

O autor acredita que as liberdades políticas teriam uma importância intrínseca menor do que a liberdade pessoal e de consciência. Não admirará, pois, fala o constitucionalista português, que se alguém for forçado a escolher entre as liberdades políticas e as restantes liberdades, o governo do bom soberano que reconhece estas últimas e que garantisse o domínio da lei seria preferível. A segurança da propriedade e dos direitos liberais representaria neste contexto, compreende o doutrinador, a essência do constitucionalismo. O homem civil precederia o homem político, assinala o jurista português, o burguês estaria antes do cidadão. O *Bürger* que preza a sua liberdade em face do poder, constata o estudioso, terá mais liberdade do que o *Bourgeois* que cultiva a liberdade política.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁶⁴, na sequência, assume uma linha de análise um pouco diferenciada de José Afonso da Silva, mas, do mesmo modo que procedera este último, põe em destaque o papel da Constituição, e passa a trabalhar a noção de Estado constitucional democrático. O Estado constitucional é mais do que Estado de direito, assevera o constitucionalista português. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder (*to check the power*); sugere o doutrinador, foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State Power*). Se se deseja um Estado constitucional embasado em fundamentos não metafísicos, deve-se distinguir claramente dois aspectos, recomenda ele: 1) um é o da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação.

Se, no procedimento do júri, reitere-se, no momento do veredicto final, aos jurados concede-se a oportunidade de julgar pela sua consciência e, se necessário for, decidir frontalmente contra a recomendação dada pelo sistema jurídico implementado, questione-se: que resta do respeito à legitimidade das leis, normas, do direito estatuído? À legitimidade dos demais direitos fundamentais que, em diversos instantes, o

²⁶⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 100

procedimento especial do júri parece afrontar? À legitimidade do processo legislativo que concebeu tais normas?

2) o outro é o da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado “impolítico” do Estado de direito, denuncia o jurista português, não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder? Apenas o princípio da soberania popular, de acordo com o qual todo o poder vem do povo assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Dessa maneira, coloca o estudioso, o princípio da soberania popular concretizado de acordo com procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o Estado de direito e o Estado democrático, viabilizando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático.

É verdade que o procedimento do júri, em sua totalidade, é amplamente regulado pela sistemática constitucional e processual penal, entretanto, este momento que lhe é tão peculiar, o de formação do veredicto, de uma perspectiva interna dos julgadores populares, estes ficam colocados de forma completamente livre para firmarem seu entendimento no sentido que desejarem, sem um procedimento interno regulado, por assim dizer, a ser seguido ou respeitado. Alguns autores, comenta ainda o acadêmico, avançam a ideia de democracia como valor (e não somente como processo), irrevisivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática.

O Tribunal do Júri, respeitando-se opiniões divergentes, compreende-se neste trabalho científico, não consegue comprovar, na maioria das vezes e dos contextos em que é implementado, seu caráter de elemento fundamental ou eficaz, a ponto de ser equiparado como um valor democrático por si próprio ou a ponto de se apresentar como indispensável ao processo estruturante de uma ordem constitucional. No sentido do que se argui, ainda que não seja este o principal fator, observe-se que, no mundo anglo-saxão, onde o Tribunal do Júri se revela um instrumento político protagonista, até hoje, seus Estados, sobretudo, o inglês, não conseguiram assentar em suas Cartas Políticas diversos dos aspectos relevantes de seu ordenamento político e jurídico que, talvez, deversem ter deixado assentado.

Obviamente, aqui, não se querendo sugerir que uma Constituição deva ser equiparada a alguma espécie de grande manual geral ou oráculo que tudo seria capaz de prever, regulamentar e responder. Com certeza, compreende-se, existem objetos ou temas normativos que, pela dinâmica social e política, não necessitam estar engessados

no texto constitucional, sob pena de sujeita-lo a constantes reformas e, por consequência, retirando parte de sua força e de sua estabilidade.

Carlos Ari Sundfeld²⁶⁵, a sua vez, apregoa que Estado democrático e Estado de Direito, conquanto originalmente distintos, fundem-se hoje em indispensável convivência. O autor refere que Bobbio já registrara que disto decorria que o estado liberal é o pressuposto não apenas histórico, mas também jurídico do Estado democrático. Estado liberal e estado democrático, sugere o estudioso, são interdependentes de duas maneiras: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras, esclarece o acadêmico: é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.

Alcança-se, assim, enuncia Carlos Ari Sundfeld²⁶⁶, o que o autor compreende como sendo os elementos do conceito de Estado Democrático de Direito, a seguir enumerados: 1) criado e regulado por uma Constituição; 2) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; 3) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam-se reciprocamente; 4) a lei produzida pelo Poder Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e 5) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado.

Avaliando-se a instituição do júri dentro destes caracteres propostos por Carlos Ari Sundfeld pode-se aduzir que, quanto ao primeiro, ainda que o Tribunal do Júri esteja assentado na Constituição da Federal de 1988, é certo também que a forma como se dá seu procedimento afronta perigosamente inúmeros outros direitos e garantias fundamentais estabelecidos pelo próprio texto constitucional, portanto o júri se mostra apenas parcialmente compatível nesse aspecto com o Estado Democrático de Direito. Quanto ao segundo, verifica-se que os jurados são escolhidos por sorteio e que possuem sua responsabilidade funcional mitigada, tendo em conta que possuem o direito de sigilo na votação e não necessitam motivar expressamente suas decisões, sendo de difícil

²⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2010. p. 53

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 53 e 54

verificação se agiram de má fé ou com desídia, ao menos, no que corresponde ao veredicto final individualmente dado; uma vez mais, outro ponto que a instituição do júri também não encontrará pleno respaldo.

Relativo ao terceiro caractere sugerido pelo autor, percebe-se que ele deixa subentendido que, nem em todas as situações, o exercício do poder político deva se dar por participação direta do cidadão. Quanto ao quarto, ainda que não seja impossível, em alguns casos, estabelecer certas exceções, a verdade é que, sobretudo no momento da decisão final, os juízes leigos restam praticamente liberados da obediência às normas estabelecidas pelo Poder Legislativo, pois podem votar de acordo com o seu senso de equidade e com a sua própria consciência. No que diz respeito ao quinto ponto, este, sim, de alguma forma poderia, de modo bastante forçado, autorizar que tal margem de discricionariedade decisória se justificaria de ser atribuída aos jurados, pois, supostamente, atuariam em prol da defesa da liberdade individual e contra os abusos eventualmente promovidos pelas autoridades estatais, sobretudo daquelas pertencentes ao Poder Executivo, sem perder de vista, obviamente, as do próprio Poder Judiciário.

Carlos Ari Sundfeld amplia um pouco mais sua reflexão sobre o Estado Democrático de Direito brasileiro, tecendo considerações sobre outros de seus aspectos históricos e de conformação política e jurídica. O autor²⁶⁷ explica ainda que, superada sua fase inicial, o Estado de Direito fora paulatinamente adquirindo instrumentos democráticos, com o objetivo de permitir a participação do povo no exercício do poder. O conceito jurídico que inicialmente sintetiza tais instrumentos, revela o acadêmico, é o da República; ideia que foi se misturando à de Estado de Direito para formar com ela, na atualidade, um todo uno e indivisível.

A República, tal como consagrada por nossa Constituição, compreende Carlos Ari Sundfeld, implica fazer dos agentes públicos, que exercem diretamente o poder político, representantes diretos do povo, por ele escolhidos e renovados periodicamente. Os agentes passam a exercer mandato; palavra que, em sua origem no direito privado, leciona o autor, significa contrato entre o titular de certo direito e alguém por ele investido temporariamente no poder de exercê-lo. Estabelece-se, destarte, observa o estudioso, relação de representação entre o povo (titular do poder) e os agentes públicos (exercentes do poder), atuando estes como mandatários, como verdadeiros procuradores daquele.

²⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2010. p. 50

A procuração política, analisa o autor, se outorga por tempo determinado, através das eleições, de maneira a permitir que o dono do poder seja chamado periodicamente a renova-la ou cassa-la, transferindo a outrem. Mas a renovação dos mandatos não é o único controle do povo sobre os exercentes do poder, chama a atenção o acadêmico. O estudioso destaca que estes podem ser responsabilizados (punidos ou destituídos de seus cargos) quando violam seus deveres, excedendo ou descumprindo os termos do mandato que receberam. Questiona-se, uma vez mais, portanto, considerando, de alguma forma que os jurados para este autor também consubstanciem um tipo de agente público honorário, como eles poderiam se revelar adequados a um regime republicano, se sua responsabilização funcional é dificultada pelo direito que possuem de sigilo na hora da votação e pela ausência de exigência de motivação de sua decisão?

República, complementa Carlos Ari Sunfeld²⁶⁸, é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente – nesta parte do seu texto, de alguma maneira, o autor parece analisar de forma mais aprofundada o terceiro caractere por ele apontado como peculiar ao Estado Democrático de Direito. São, dessa forma, conclui o autor, características da República a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. A eletividade, esclarece ele, é instrumento de representação; a periodicidade, a sua vez, assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância no poder; e, por fim, a responsabilidade é o “penhor” da idoneidade da representação popular, na linha do que retransmite Carlos Ari Sunfeld a lição dada por Geraldo Ataliba.

Perceba-se que são considerações dirigidas, aparentemente, de forma especial aqueles que irão compor o Poder Executivo e Legislativo, sendo difícil deduzir como o próprio autor relacionaria os membros do Poder Judiciário quanto a tais aspectos. Não obstante, o que seria de mais fácil dedução é de que agentes jurisdicionais, estatais ou populares, deveriam estar suscetíveis à avaliação de sua responsabilização funcional, o que definitivamente, não se cansará de reiterar neste trabalho, é tarefa bem mais trabalhosa de se proceder, tendo em vista os direitos assegurados aos jurados, várias vezes aqui mencionados, pelo atual procedimento do júri brasileiro.

²⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2010. p. 50 e 51

A Constituição brasileira, esclarece o acadêmico²⁶⁹, não se contentou, contudo, em adotar o modelo republicano (art. 1º, caput), baseado essencialmente na representação; é dizer, elucida o estudioso, no exercício indireto do poder pelo povo, por meio de seus representantes eleitos. A tal modelo, indica o autor, agregou instrumentos de participação popular direta, anunciando, já no parágrafo único do seu 1º artigo que todo poder emana do povo, exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Tais mecanismos são objeto, exemplifica Carlos Ari Sundfeld, do art. 14, onde se prevê a realização de plebiscito e referendo, bem como a possibilidade de iniciativa popular para elaboração das leis.

Não é democracia, assinala o autor²⁷⁰, o regime em que a adoção de decisões fundamentais para o Estado, ainda que expressivas da vontade de muitos homens, não seja realizada com absoluto respeito às regras predeterminadas e estáveis, definindo quais os sujeitos titulados a decidir e o modo como o farão. A inexistência de regras anteriores e estáveis, aponta o estudioso, regulando a decisão a tomar permite que, na dependência do interesse dos poderosos, sejam chamados a decidir ora um grupo, ora outro de pessoas; em evidente manipulação, entende Carlos Ari Sundfeld, totalmente alheia à ideia de participação popular.

A inexistência de regras definindo o papel de cada membro do grupo, cujo respeito ele possa exigir, adverte o autor, permite excluir pessoas sempre que sua presença não seja considerada conveniente. Regras estáveis e predeterminadas possuem nome, enuncia o teórico: normas jurídicas, sobretudo as constitucionais; normas jurídicas definindo direitos políticos, o processo eleitoral, a participação direta, e assim por diante. Não existe democracia sem normas jurídicas regulando o processo político, adverte o acadêmico. Ressalva similar a anteriormente feita pode ser reproduzida neste ponto teórico do autor; ele parece estar dirigindo-se, sobretudo aos componentes do Poder Executivo e Poder Legislativo.

Todavia, considerando-se que o resultado do exercício jurisdicional Tribunal do Júri, ainda que de modo indireto, de uma forma abrangente – até por isso, a doutrina de defesa da instituição alega que ela é essencial para o desenvolvimento do espírito político e democrático da população – interfere no processo político, consubstancia-se em decisões políticas fundamentais, não se poderia esquivar em nenhum momento do

²⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2010. p. 51

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 52 e 53

respeito às normas jurídicas, como sói ocorrer no momento de emissão da decisão final dos jurados, que em nome de sua consciência e de seu senso de equidade, outra vez aponte-se, podem votar, inclusive em sentido diametralmente oposto ao que prescreve a norma jurídica e, ainda, sem necessidade de motivação.

Honório Silveira Neto²⁷¹ é outro estudioso brasileiro que se debruça sobre o tema do Estado Democrático de Direito e, escrevendo acerca dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, afirma que o Estado não existe apenas para ser Estado, mas funda-se em certas necessidades inerentes à própria condição do homem e da sociedade. Não se pode, pois, entende o autor, separar, no mundo moderno, a nação do Estado, soberania de nacionalidade, ou, como diz a Constituição, cidadania. Honório Silveira Neto analisa ainda que é evidente que o termo nacionalidade possui sentido mais abrangente que cidadania. Entenda-se, explica o autor: não se confunde o homem vinculado a determinado Estado, com direitos e deveres inerentes a essa condição. Cidadão é o homem investido de direitos políticos, estabelece o estudioso²⁷², isto é: votar, eleger-se, associar-se, fundar partidos, etc.

O verdadeiro cidadão é aquele que está vinculado a um Estado por liames de nacionalidade, revela Honório Silveira Neto²⁷³; ao naturalizado, compara o autor, apesar do direito conferir-lhe condição de cidadão de um estado, são vedados alguns direitos políticos. Ora, comenta o estudioso, se a soberania é um atributo imprescindível ao Estado, não há como separar a soberania da cidadania. O homem só goza de direitos políticos num Estado dotado de autodeterminação, ou de soberania, firma seu entendimento Honório Silveira Neto. Um dos fundamentos do Estado Democrático é o que está explícito no parágrafo único do art. 1º, indica o autor²⁷⁴: todo poder emana do povo. É vago e genérico o dispositivo, observa o estudioso, se não entendermos a realidade sociológica da sociedade política.

O povo não é um bloco monolítico, ressalta Honório Silveira Neto, mas uma síntese de pequenas sociedades, imbricadas umas nas outras, a começar pelas famílias, seguindo pelas associações de classe, os sindicatos, as entidades religiosas, as categorias econômicas e dezenas de outros grupos menores. A nação, defende o autor, deve ser a

²⁷¹ SILVEIRA NETO, Honório. *Fundamentos do estado democrático de direito*. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1416/1345> Acesso em: 04 dez. 2017. p. 31

²⁷² *Ibidem*, p. 31 e 32

²⁷³ SILVEIRA NETO, Honório. *Fundamentos do estado democrático de direito*. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1416/1345> Acesso em: 04 dez. 2017. p. 32

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 33

síntese de todas essas entidades que, juridicamente, se representam no Estado. Há, pois, como no organismo biológico, analogamente visualiza o estudioso, a diversidade na unidade. Isso é, explica ele, o que se poderia designar como um pluralismo social.

A harmonia, assinala Honório Silveira Neto, resulta do fato de que cada segmento realiza sua função específica, com a sua autonomia, porém, sem perder o sentido do todo. Cada cidadão detém parcela do poder do Estado, dentro de seu grupo; por essa razão, diz ele, todo poder emana do povo. Mas o cidadão, analisa o autor²⁷⁵, para participar na vida do Estado, não pode fazê-lo isoladamente; precisa de instrumentos e meios. Sendo a opinião pública formada de interesses e manifestações dos vários segmentos, leciona Honório Silveira Neto, há de se entender que o pluralismo social tem de levar logicamente ao pluralismo político. Pluralismo político é a diversidade de opinião, anota o estudioso, é representação de todos os grupos menores dentro da sociedade global. Assim, conclui ele, logo se descarta, de saída, a existência do partido único, próprio dos regimes totalitários. Pluralismo político é pluralismo de partidos, advoga o autor.

A Constituição estabeleceu claramente que a democracia brasileira é uma democracia de partidos, ressalta Honório Silveira Neto²⁷⁶. Não pode existir liberdade política num regime de unanimidade absoluta; esta é antinatural e própria dos regimes de força, alerta o estudioso²⁷⁷. Como o art. 1º da nova Constituição comporta numerosas considerações, incompatíveis com uma pequena preleção, correspondente a uma aula, justifica o autor²⁷⁸ que gostaria de falar resumidamente, a respeito do que ele chama de nova democracia, a saber, anuncia o estudioso, a adoção dos institutos da democracia semidireta, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Para se compreender a importância dessa novidade, alega Honório Silveira Neto, deve se caracterizar antes o que é democracia semidireta. Não é novidade, verifica ele, em muitos países europeus, sobretudo a Suíça, França, Espanha, Itália. A democracia brasileira sempre foi essencialmente representativa, constata o estudioso. Com o tempo,

²⁷⁵ SILVEIRA NETO, Honório. *Fundamentos do estado democrático de direito*. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1416/1345> Acesso em: 04 dez. 2017. p. 33

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 33 e 34

²⁷⁷ SILVEIRA NETO, Honório. *Fundamentos do estado democrático de direito*. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1416/1345> Acesso em: 04 dez. 2017. p. 34

²⁷⁸ *Op.cit., loc.cit.*

analisa o autor²⁷⁹, viu-se que a pura e simples representação política tornou-se ilusória e insuficiente, porque os eleitores não tinham como cobrar dos eleitos as promessas da campanha eleitoral ou reivindicar o seu trabalho em prol da coletividade. Os deputados, anota Honório Silveira Neto, formavam grupos dentro de partidos ou do parlamento e agiam mais em função dos próprios interesses que dos eleitores. Então, comenta o especialista, veio à baila a democracia semidireta, combinando a representação política com a intervenção direta do povo, em certas circunstâncias, através de certos instrumentos, como o referendo, a iniciativa popular, o veto popular, o recall.

O Estado Democrático de Direito, compreende o teórico²⁸⁰, não se esgota com aspectos formais de participação do povo no poder (por meio de partidos, eleições, etc.) nem com a autonomia do cidadão, com a sua liberdade garantida por instrumentos constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança, assistência judiciária, entre outros, exemplifica ele). Vai além, acrescenta o autor: procura realizar valores históricos, conquistas consagradas, como liberdade, paz, democracia. Em suma, conclui Honório Silveira Neto, um processo de significação do homem.

Colocando-se em outros termos, outro teórico que busca desconectar a ideia de democracia de uma essência formal, para conecta-la, sobretudo a sua essência material que deve prevalecer quando se deseja efetivar o alcance e proteção dos valores almejados pela democracia.

Ao menos, neste ponto de sua concepção de Estado Democrático de Direito, resta de modo bastante claro que o Tribunal do Júri não encontraria absoluto apoio na sua adoção como elemento fundamental do sistema jurídico e político brasileiro, visto que o autor também visualizaria que a prestação jurisdicional propiciada pelo tribunal popular deveria ser avaliada não simplesmente porque conte com juízes cidadãos participando diretamente da administração da justiça, mas, sobretudo, pelo fato de que sua jurisprudência se reflita em benefício do alcance efetivo dos valores democráticos.

Tendo em vista estas noções elencadas do que se pode compreender por um Estado Democrático de Direito, sopesadas suas diferenças e semelhanças, verifica-se que, em nenhum desses casos, a instituição do júri consegue encontrar correspondência fundamental ou plena com os aspectos ou caracteres que tais autores apontam como mais peculiarmente conformadores de um Estado Democrático de Direito,

²⁷⁹ SILVEIRA NETO, Honório. *Fundamentos do estado democrático de direito*. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1416/1345> Acesso em: 04 dez. 2017. p. 35

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 37

especialmente no que diz respeito aos aspectos materiais, o que remete à conclusão de que a conexão entre Estado Democrático de Direito e o Tribunal do Júri revela-se bem mais frágil do que os defensores mais fervorosos da instituição parecem sugerir.

No sentido de fortalecer o arcabouço de sustentação de alcance de toda essa sequência de considerações e conclusões teóricas e pragmáticas que vem se atingindo neste esforço de pesquisa bibliográfico, doutrinário e histórico, além da preocupação de demonstrar que sob uma perspectiva teórica e material “estática” de compreensão do que seja a realidade de organização e funcionamento de um Estado Democrático de Direito contemporâneo efetivo, parece premente a demonstração de que numa perspectiva teórica e material “dinâmica” conseguem-se alcançar as mesmas conclusões ou, ao menos, conclusões semelhantes, um objetivo que se pretende cumprir através da exposição teórica apresentada nas linhas seguintes deste trabalho dissertativo.

2.4 O TRIBUNAL DO JÚRI NA DINÂMICA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTERAÇÃO ESTADO E DEMOCRACIA, INTERAÇÃO DIREITO E POLÍTICA

Tão relevante quanto delimitar e analisar de forma mais aprofundada conceitos isolados, como estado, democracia, direito e política, revela-se também investigá-los dentro de algumas relações e da dinâmica que se estabelece entre estes elementos, tendo em vista que ampliam-se substancialmente as possibilidades de uma melhor compreensão da real forma de organização e funcionamento de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, viabilizando, desse modo, um processo mais adequado e efetivo de avaliação do real posicionamento e da função que a instituição do júri desenvolve no contexto das organizações estatais atualmente estabelecidas, especialmente no que diz respeito ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Konrad Hesse²⁸¹, inicialmente colocando-se, escreve sobre o que ele denomina de coordenação existente entre democracia, Estado de Direito Social e Estado Federal. Democracia e Estado de Direito Social, no sentido da Lei Fundamental alemã, observa o jurista alemão, produzem efeito, ambos objetivamente, formador de unidade por sua legitimidade; eles fundamentam, explica o autor, ambos em seu modo de funcionar específico respectivo, funcionalmente unidade política; eles são ambos, acrescenta o

²⁸¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 216

professor, formas de racionalização, de conservação da continuidade, da divisão de poderes e do rechaço ao abuso de poder.

Questione-se, então: o modelo de Tribunal do Júri implementado no sistema jurídico brasileiro, historicamente considerando-se, tem contribuído, de alguma maneira, para um processo de racionalização, de conservação da continuidade, da divisão de poderes e do rechaço ao abuso de poder? Pela parte histórica apresentada neste texto dissertativo e pela apatia atual política e social que manifesta; pela forma como é constituído e operacionalizado; dificilmente há de se atribuir-lhe racionalidade como contributo relevante, assim como, sobretudo, em tempos mais remotos, serviu plenamente como instrumento ao exercício do abuso de poder de oligarquias políticas e sociais do interior do país, configurando-se uma situação relevante de indevida intromissão do Poder Executivo no âmbito do Poder Judiciário.

Konrad Hesse²⁸² afirma que, se suas ordens, nisso, se completam e, em certos pontos, cruzam-se mutuamente, então, conclui ele, democracia e Estado de Direito Social não devem, contudo, ser equiparados ou, sem diferenciações pormenorizadas, unidas à democracia estatal jurídica ou ao Estado Democrático de Direito. Caracterizações de tal índole tocam, sem dúvida, assinala Konrad Hesse²⁸³, à conexão estreita existente entre democracia e Estado de Direito; elas deixam, todavia, ressalva o jurista alemão, as acentuações diferentes no escuro, que primeiro determinam a verdadeira importância da democracia e do Estado de Direito na estrutura da Constituição. Na ordem do processo vital da coletividade, argumenta o autor²⁸⁴, a democracia acentua mais intensamente o elemento movente e configurativo, o Estado de Direito, mais intensamente o persistente e conservador.

Nova interrupção na exposição da teoria de Konrad Hesse para um outro questionamento: o tribunal popular no Brasil, em algum momento tem-se revelado como um elemento significativo, seja para o sentido democrático movente e configurativo, seja para o sentido de Estado de Direito, de persistência e conservação da ordem política e social? Por todas as evidências postas no transcorrer desta dissertação, pergunta que dificilmente se poderá atribuir com segurança em sentido afirmativo.

A ordem democrática da Lei Fundamental, explica o constitucionalista alemão, põe a tarefa do processo vital político livre e é forma desse processo vital. Aqui deve

²⁸² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 216 e 217

²⁸³ *Ibidem*, p. 217

²⁸⁴ *Op.cit.*, *loc.cit.*

consumar-se, diz ele, o que vida e atuação jurídica sozinhos não podem produzir: o estabelecimento de objetivos, o desdobramento e moldagem de forças políticas na luta pela realização desses objetivos, discussão, unificação ou decisão segundo o princípio da maioria e, como resultado e sentido dessa vida, revela o professor alemão, a formação livre e conservação da unidade política, assim como configuração apropriada da ordem da coletividade.

Argumente-se, neste ponto da tese proposta pelo professor alemão, partindo-se da concordância de que grande semelhança existe entre os sistemas constitucionais estatais do Brasil e da Alemanha, que o júri dificilmente, em algum período tenha cumprido, ou cumpra, papel fundamental seja para o alcance de tais objetivos ou para estabelecimento de uma unidade política. Além disso, destaque-se que, sob alguma perspectiva, semelhantemente ao que faz a Lei Fundamental, nosso ordenamento e sistemática constitucional também não atá tão detalhadamente, via de regra, em todas as situações, que formas devem ter ou não todos os institutos ou instituições políticas e jurídicas estatais para fins de atingimento dos objetivos indicados por Konrad Hesse.

Questione-se, portanto, qual o motivo de petrificar não apenas uma instituição tão frágil como é o júri, mas também sua presente e inadequada conformação, no rol de direitos e garantias fundamentais, se nem a sistemática constitucional brasileira, no seu sentido mais amplo, demanda incondicionalmente que necessariamente este seja a melhor, ou a única, forma de participação do cidadão na administração da justiça?

Em comparação, aquilo por ele mencionado, antes da interrupção feita, Konrad Hesse²⁸⁵ aponta que o Estado de Direito põe a tarefa da ordem mais firme e mais duradoura e ele é forma da fundamentação dessa ordem. Ele determina, explica o jurista alemão, como Estado de Direito Social, por causa da Constituição, objetivos que, naturalmente, carecem da concretização nas formas da ordem democrática. Ele constitui, observa o ele, os poderes, relativamente independentes da mudança dos grupos condutores e correntes políticas, da administração e jurisdição vinculadas a critérios firmes e insere, com isso, na vida estatal aquele elemento relativamente persistente, sem o qual a vida social e econômica da atualidade, altamente diferenciada, estreitamente entrelaçada, iria cair em desordem e a abertura e elasticidade necessária do processo de formação da vontade democrática não seria possível.

²⁸⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 217

Se aqui o Estado de Direito se converte em condição da democracia, reflete o doutrinador²⁸⁶, então se mostra, igualmente, em sentido inverso, democracia, condição do Estado de Direito, porque só pode ser conservado continuando a forma aquilo que antes encontrou configuração no processo democrático. Konrad Hesse²⁸⁷ alega que, primeiro na polaridade dessas acentuações aparece o essencial da estatalidade constituída pela Lei Fundamental: essa estatalidade não é poder de domínio que está contido em si, institucionalizado; também não somente ela, coloca o estudioso alemão, entretanto, é o produto respectivo da discussão permanente das forças políticas. Senão, anota o jurista, o Estado da Lei Fundamental ganha realidade e vida primeira na coexistência condicionante do movente e conservador, moldador e moldado, na abertura para o corrente e futuro da vida histórica e no seu vencimento institucional.

Como já verificado, que o Tribunal do Júri, no Brasil, dificilmente desempenhara ou desempenhará função relevante em qualquer um desses sentidos, menos razões restam ainda para persistir no seu enquadramento como uma garantia fundamental.

Jürgen Habermas²⁸⁸, a seu turno, tece considerações a respeito da relação interna existente entre direito e política. Jürgen Habermas afirma que, pela ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos, assinala o estudioso, apenas podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E vice-versa, observa o acadêmico, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse nexos interno, aponta o autor, do direito com o poder político reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito.

O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se, entende Jürgen Habermas, nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. Nesta medida, reflete o teórico, eles pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meio para o emprego legítimo da coerção, a fim de garantir seu poder de comando. A pretensão a iguais direitos, numa associação espontânea de membros do direito, explica o estudioso, pressupõe uma coletividade

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 217 e 218

²⁸⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 218

²⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 170

limitada no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e à qual eles podem imputar suas ações como partes do mesmo contexto de interação.

A fim de constituir-se como comunidade de direito, enuncia o autor, tal coletividade precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo. Isso atinge, destaca Jürgen Habermas, o aspecto da autoafirmação sob o qual o Estado instaura sua capacidade para a organização e auto-organização destinada a manter, tanto para fora como para dentro, a identidade da convivência juridicamente organizada.

O direito à proteção jurídica individual concretiza-se em direitos fundamentais, coloca o autor²⁸⁹, que apoiam pretensões a uma justiça independente e imparcial nos julgamentos. E estes, indica o estudioso, pressupõem a instalação de um tribunal organizado politicamente, que reivindica o poder de sanção do Estado, com a finalidade de proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritativa.

O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, alega Jürgen Habermas, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos. Estes, entende o autor, têm que ser instaurados com o auxílio do poder politicamente organizado. Além disso, acrescenta o acadêmico, a formação da vontade política, organizada na forma do legislativo, depende de um poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados. Isso atinge, verifica o estudioso, o aspecto central, sob o qual o Estado se transforma numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal.

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, destaca o acadêmico²⁹⁰, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos, analisa o estudioso, não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direito, e sim, implicações jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente, compreende o acadêmico, não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele; ele mesmo, reforça Jürgen Habermas, se estabelece em formas do direito.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 171

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 171

O poder político, reitera o autor, só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. Esse fato permitiu ao constitucionalismo alemão, considera o estudioso²⁹¹, através de sua ideia do Estado Constitucional, estabelecer um “curto-circuito” entre os direitos à liberdade e o poder organizado do Estado de direito deveria garantir a autonomia privada e a igualdade jurídica dos civis.

Contrapondo-se a isso, registra o teórico, a fundamentação do sistema dos direito pela via da teoria do discurso esclarece o nexos interno que existe entre autonomia privada e pública. O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, entende o acadêmico, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade. Nesta medida, entende Jürgen Habermas, o conceito material de lei, da velha doutrina liberal do direito do Estado, de *Mohl, Rotteck, Welcker* e outros, oferece uma chave melhor para a ideia democrática do Estado de direito.

Por lei, informa o estudioso, tais autores compreendiam como sendo uma regra geral e abstrata, que se coloca a partir do assentimento da representação do voto, num procedimento caracterizado pela discussão e pela publicidade. A ideia do Estado de direito, explica o autor, exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização das suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, revela o teórico, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito legitimamente estatuído. E, no nível pós-tradicional de justificação, aponta Jürgen Habermas, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa forma discursiva da opinião e da vontade.

Uma soberania interligada internamente com as liberdades subjetivas, diz o estudioso²⁹², entrelaça-se, por seu turno, com o poder politicamente organizado, de modo que o princípio todo o poder político parte do povo vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade. No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, verifica o teórico, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de

²⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 172

²⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 173

cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito.

Somente nesta forma anônima, analisa Jürgen Habermas, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos. O autor coloca que, no Estado de direito democrático, o poder político diferencia-se em poder comunicativo e administrativo. Uma vez que a soberania do povo não se concentra mais numa coletividade, na presença física dos civis unidos ou de seus representantes reunidos, fazendo-se valer na circulação de consultas e de decisões estruturadas racionalmente, constata o autor, começa a fazer sentido a frase segundo a qual no Estado de direito não pode haver um soberano.

Convém, no entanto, alerta o teórico, precisar essa interpretação, a fim de que ela não roube o conteúdo radicalmente democrático da soberania popular. Acredita-se que as palavras do autor são suficientes, por si mesmas, para que se deduza que num Estado Democrático de Direito nem a prestação jurisdicional penal estatal fundamentalmente deva ser dada pela reunião e participação direta dos cidadãos, logo, outra teoria que retira do modelo de júri brasileiro o atributo de essencialidade a ele dado por parte da doutrina e pelo Constituinte de 1988.

A dominação política, entende o acadêmico, apoia-se numa potencial ameaça, garantido pelos meios coercitivos da caserna; simultaneamente, porém, ressalva o teórico, ela, pode ser autorizada através de um direito legítimo. Na validade jurídica e na obrigatoriedade coletiva das decisões políticas, sugere Jürgen Habermas, existem dois momentos que se conectam, ou seja, a coerção e pretensão à validade deontológica, existindo, porém, uma inversão dos lados. Enquanto o direito independentemente da sua positividade, revela naturalmente uma pretensão natural à validade deontológica, havendo, o poder, independentemente de sua autorização, está à disposição de uma vontade política como meio para obtenção de objetivos coletivos.

Jürgen Habermas também desenvolve suas ideias e sua compreensão a respeito dos Princípios do Estado de Direito e lógica da divisão dos poderes. No sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo, indica o autor²⁹³. Por este motivo, registra o estudioso, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração.

²⁹³ *Ibidem*, p. 212

Ele formula simultaneamente, compreende o teórico, o médium para transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, destaca o acadêmico, é possível desenvolver a ideia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado.

Dado que a formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade do legislador político deve realizar-se em formas de comunicação nas quais a pergunta o que devemos fazer? reflete Jürgen Habermas, pode ser respondida racionalmente de várias maneiras, o autor, então, coloca que desenvolve os princípios do Estado de direito na perspectiva da institucionalização jurídica da rede de discursos e negociações.

No princípio da soberania popular, aponta o estudioso²⁹⁴, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio, coloca o acadêmico, forma a “charneira” entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de Direito.

Jürgen Habermas²⁹⁵ compreende que, interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular; o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder. Na linha da teoria do discurso, comenta o autor²⁹⁶, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos.

O exercício do poder político, assinala o estudioso, orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. E neste ponto, destaque-se, abre-se, sem dúvida uma via de ligação, de forma menos ou mais direta, conforme o entendimento que se adira, com a

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 212

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 212 e 213

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 213

Teoria da Argumentação de Robert Alexy²⁹⁷. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, alega o acadêmico, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas.

A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo, esclarece Jürgen Habermas, explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis.

Esta institucionalização política de determinados processos e condições da comunicação, aponta o autor, torna possível um emprego efetivo de liberdades comunicativas iguais e simultaneamente estimula para o uso pragmático, ético e moral da razão prática, ou seja, pormenoriza o estudioso, para a compensação equitativa de interesses. Além disso, comenta o acadêmico, o princípio da soberania do povo pode ser considerado diretamente sob o aspecto do poder. A partir deste ângulo, entende Jürgen Habermas, ele exige a transmissão da competência legislativa para a totalidade dos cidadãos que são os únicos capazes de gerar, a partir do seu meio, o poder comunicativo de convicções comuns.

Leis, considera o autor, formam a base para pretensões jurídicas individuais; estas, diz ele, resultam da aplicação de leis a casos singulares, seja pelos caminhos da administração, seja pelo caminho auto executivo. Tais pretensões podem ser reclamadas

²⁹⁷ Em sentido análogo, interessante registrar a lições dadas por *Robert Alexy*. O referido jurista escreve que regras de lei positiva e as afirmações empíricas representam um papel importante na justificação das premissas que nem são matéria de lei positiva nem empírica, explica o jurista. Ao justificar a norma segundo critérios de validade ou de ordem legal pode ser necessário interpretar as regras que definem os critérios de validade, exemplifica o estudioso, uma lista de direitos fundamentais. Robert Alexy leciona que a argumentação jurídica pode ser de decisivo significado não só na interpretação da norma válida, mas também ao estabelecer sua validade. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: LANDY, 2001. p. 225) Acerca do “problema da justificação das sentenças judiciais”, O professor afirma que ninguém mais pode sustentar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados. Essa constatação de Karl Larenz, refere o autor, caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea. Em um grande número de casos, leciona o professor, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros. Para tanto, compreende o jurista alemão, existem no mínimo quatro motivos: 1) a imprecisão da linguagem do direito, 2) a possibilidade de conflitos entre as normas, 3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como 4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: LANDY, 2001. p. 17)

judicialmente, enuncia o estudioso; daí, alega o teórico, resulta a garantia dos caminhos do direito e o princípio da garantia de um proteção jurídica individual ampla.

Certamente, constata o acadêmico²⁹⁸, a divisão das competências da legislação e da aplicação do direito em dois diferentes poderes do Estado, independentes entre si a nível pessoal e institucional, não se deu por si mesma. É certo que razões pragmáticas sugerem uma separação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, coloca Jürgen Habermas, tão logo a configuração dogmática do direito e a cientifização da jurisprudência acarreta uma ampla profissionalização da prática da decisão judicial. Nesta parte, revela-se indício de grande peso de que o autor provavelmente estabelecerá críticas, ainda que não se saiba com que grau de intensidade, à falta de preparo e profissionalização dos juízes leigos recrutados para a prestação de jurisdição estatal do Tribunal do Júri, sobretudo do modelo adotado no Brasil.

A distinção lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas, relata o autor²⁹⁹, reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, explica o estudioso, é necessário decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais completa possível, é adequada. Esse tipo de discurso, destaca o teórico, exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual os partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, registra o acadêmico, uma distribuição de competências segundo a qual tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípio ilimitada.

Destaque-se como o autor ressalta a importância da questão de motivação expressa de uma decisão jurisdicional frente ao público e ao sistema jurídico dos quais está diante, justamente algo que, no sistema brasileiro, se exime os jurados do tribunal popular de cumprirem, sob o argumento de proteção de sua imparcialidade, de sua segurança pessoal, da confiança que dever-se-ia dar ao seu bom senso e parâmetros de equidade e da soberania do veredicto que, por ser “soberano”, deve ser, em raras

²⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 215

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 215 e 216

situações questionado. Ao passo que nos discurso de fundamentação existem apenas participantes, compara Jürgen Habermas³⁰⁰.

De outro lado, explica o autor, a fim de impor suas decisões (e a execução do direito) a justiça apela para os meios de repressão do aparelho do Estado, passando a dispor, ela mesma, de um poder administrativo. Por esse motivo, sugere o autor, a justiça necessita ser separada da legislação e impedida de uma autoprogramação. Desta maneira, considera o teórico, se explica o princípio da ligação da justiça ao direito vigente. Além do mais, argumenta o acadêmico³⁰¹, do princípio da proteção do direito e dos direitos fundamentais da justiça resultam todos os demais princípios para a especificação de tarefas, de modo de trabalho e garantia do status de uma justiça independente, a qual, alega ele, deve aplicar o direito de tal maneira que estejam garantidas simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais.

Nova pausa se impõe nesta parte da teoria em construção do autor, para destacar que a forma como se dá o processamento no Tribunal do Júri, sobretudo pelo sigilo da votação dos jurados e pela ausência de exigência de motivação expressa, difícil afirmar que tal forma de proceder não prejudique de forma substancial não apenas a segurança do direito, como também afronta de forma extremada a questão da aceitabilidade racional das decisões judiciais.

O princípio da legalidade da administração, enuncia Jürgen Habermas³⁰², esclarece o sentido nuclear da divisão de poderes. Superando uma diferenciação funcional, coloca o autor, que se explica a partir da lógica da argumentação que introduz uma diferença entre fundamentação de normas e aplicação de normas, a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados, registra o estudioso, tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo apenas se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos. Sob este aspecto, o acadêmico frisa que já considerou a ligação que existe entre a justiça (que não pode prescindir das realizações do executivo) e a lei. O mesmo vale, entende Jürgen Habermas, para a relação entre o poder legislativo e o executivo, que se encontra sob a reserva da lei.

³⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 216

³⁰¹ *Op.cit., loc.cit.*

³⁰² *Op.cit., loc.cit.*

A reserva da lei, explica o autor³⁰³, faz com que estatutos, ordens, prescrições e medidas que contradizem uma lei, sejam nulos. O primado da lei legitimada num processo democrático significa, defende o estudioso³⁰⁴, do ponto de vista cognitivo, que a administração não pode interferir nas premissas que se encontram na base de suas decisões. Praticamente isso significa que o poder administrativo não pode interferir em processo de normatização do direito e da jurisdição, conclui o teórico. O emprego do poder administrativo pelo legislador e pela justiça, afirma o acadêmico³⁰⁵, só não causa preocupações na medida em que esse poder possibilita a institucionalização de discursos correspondentes.

Enquanto o poder administrativo é consumido para a instalação, organização e aplicação do direito, compreende Jürgen Habermas, opera à maneira de condições possibilitadoras. Quando, porém, a administração assume outras funções, ressalta o autor, que não as administrativas, existe uma submissão de processos de legislação e da jurisprudência sob condições limitadoras. Tais intervenções ferem, indica o estudioso, os pressupostos comunicativos de discursos legislativos e jurídicos, estorvando os processos de entendimento dirigidos pela argumentação, que são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional de leis e decisões judiciais.

A clássica divisão de poderes, entende Jürgen Habermas³⁰⁶, é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado. Enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, descreve o autor, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é direito e o que não é, analisa o estudioso, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento. A realização administrativa, explica o teórico, elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos. Sob pontos de vista da lógica da argumentação, comenta o acadêmico, os discursos jurídicos servem para aplicação de normas, ao passo que a racionalidade da atividade administrativa é assegurada através de discursos pragmáticos.

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 216 e 217

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 217

³⁰⁵ *Op.cit.*, *loc.cit.*

³⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 232

Em certas circunstâncias, assinala Jürgen Habermas³⁰⁷, estes discursos pragmáticos são talhados para a escolha das tecnologias e das estratégias apropriadas para a concretização dos valores e fins existentes na legislação. No direito constitucional alemão, registra o autor³⁰⁸, a divisão funcional dos poderes, fundada na lógica da argumentação, implica uma determinação administrativa de tarefas que foge aos padrões, tanto da burocracia ministerial, que prepara as leis, como das corporações de autoadministração, uma vez que ela se inspira no tipo de administração referido exclusivamente aos meios e às matérias.

Ora, pondera o estudioso, a realização profissional dessa função constitui um componente importante da legitimação da administração no Estado de direito democrático. Contudo, ressalva o teórico, sua legitimação não se esgota aí. Pois, esclarece o acadêmico³⁰⁹, na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retro ligação do poder administrativo ao comunicativo.

Para que os cidadãos politicamente autônomos possam ser considerados autores do direito, aponta Jürgen Habermas, ao qual estão submetidos enquanto sujeitos privados, é necessário que o direito legitimamente estatuído por eles determine a direção da circulação do poder político. Para isso, contribui, por exemplo, a nível de governo, indica o autor³¹⁰, a autorização do pessoal dirigente através dos eleitores, em votações gerais. Contribui, especialmente, reitera o estudioso, o princípio de conformidade à lei, de uma administração que deve estar submetida ao controle parlamentar e judicial. O controle refere-se, explica o teórico, a dois aspectos da atividade administrativa: ao caráter profissional da execução da lei e à observância das atribuições normativas que a legalidade da execução e, com isso a reserva da lei, garantem para intervenções administrativas.

Tendo em conta que o Tribunal do Júri é também uma instituição de administração estatal da justiça, ainda que não puramente administrativa, por assim dizer, pode-se sugerir que as alegações do autor estendem-se inclusive ao Poder Judiciário, num sentido mais amplo de exercício de um poder administrativo; requisitos que o modelo tradicional de júri adotado no Brasil com extrema dificuldade atenderia

³⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 232

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 233

³⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro:

³¹⁰ *Ibidem*, p. 234

no seu ponto mais vital que é a forma pela qual os jurados estabelecem seu veredicto sobre a culpabilidade ou não do acusado, como mais de uma vez já apontado, quase que completamente livres dos parâmetros apontados pelo estudioso.

A racionalidade de um cumprimento competente de tarefas por parte de especialistas, considera Jürgen Habermas, não protege contra uma auto autorização paternalista e uma autoprogramação dos órgãos executivos. A lógica da distribuição de poderes, diz o autor, não exige apenas que a passagem da administração para o estágio de uma execução profissional de suas tarefas seja feita sob premissas que não estão sob seu controle, pois o poder executivo deve ficar limitado à aplicação do poder administrativo no quadro das leis.

O conceito de lei constitui o elemento básico nas construções jurídicas do Estado de direito burguês, afirma o estudioso³¹¹. Quando se entende a lei como uma norma geral que obtém validade através do assentimento da representação popular, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública, nela se unem em dois momentos, indica o acadêmico: o do poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador. A lei democrática passa, então, diz o teórico, a ser caracterizada, através da combinação da arbitrariedade das decisões judiciais com a não-arbitrariedade de seus pressupostos procedimentais. O que garante a justiça da lei, afirma Jürgen Habermas, é a gênese democrática e não os princípios a priori, aos quais o direito deveria corresponder.

A justiça da lei é garantida, esclarece o autor³¹², através do processo especial de seu surgimento. Portanto, questione-se: se a lei possui valor inerente de justiça, garantido por sua gênese democrática, porque persistir na manutenção de uma instituição, o tribunal popular, que parte de pressuposto quase que em sentido completamente oposto, alegando que um número determinado de cidadãos eleitos ao acaso, por serem supostos representantes do mais fiel senso de equidade popular, poderiam votar, ainda que em sentido contrário a todas as leis e ao direito estatuído, de forma tão livre, bem mais livre que já ocorre em alguns casos operados por juízes profissionais, sob a justificativa de corrigir as pressupostas injustiças das leis que escaparam aos olhos do legislador estatal ou que se revelariam no caso concreto?

³¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 235

³¹² *Ibidem*, p. 235 e 236

Com o anteriormente alegado por ele, aponta o estudioso³¹³, não se ameaça a primazia da constituição perante a legislação; pois uma constituição, explica ele, que configura e interpreta o sistema dos direitos, não contém nada mais do que os princípios e condições do processo legislativo que não pode ser interrompido. Todavia, ressalva o teórico³¹⁴, a divisão liberal dos poderes apoia-se numa interpretação estreita desse conceito de lei. Ela caracteriza a lei através de princípios semânticos gerais e abstratos, enuncia o acadêmico, e considera preenchido o princípio da legalidade da administração, quando a execução administrativa se limitar rigorosamente a uma concretização do conteúdo normativo geral, de modo adequado às circunstâncias.

A constituição dos diferentes poderes do Estado e a separação abstrata de suas funções não significa, entretanto, chama a atenção Jürgen Habermas, a diferenciação de um igual número de organizações. Por esse motivo, coloca o autor³¹⁵, certa reação ao espaço alargado de opiniões de burocracias socialistas se traduziu na tentativa de embutir novas formas de participação e de estruturas do discurso no decurso da decisão administrativa, a fim de afastar o perigo de uma autoprogramação indesejável.

Na perspectiva da teoria do discurso, as funções da legislação, da justiça e da administração podem ser diferenciadas de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes, explica o estudioso. Leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, enuncia o acadêmico, na medida em que surgem de acordo com um procedimento democrático, no qual fundam uma proteção do direito garantido por tribunais independentes e no qual subtraem da administração implementadora o tipo de argumentos normativos portadores das resoluções legislativas e das decisões judiciais. Esses argumentos normativos, assinala Jürgen Habermas³¹⁶, fazem parte de um universo no qual o legislativo e a jurisprudência distribuem entre si o trabalho de fundamentação das normas e o da sua aplicação.

Uma administração limitada a discursos, analisa o autor³¹⁷, não pode mover nada nesse universo com contribuições próprias; ao mesmo tempo, reflete o estudioso, ela extrai dele as premissas normativas que ela precisa colocar na base de suas próprias decisões teleológicas informadas empiricamente. Do ponto de vista da lógica da

³¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 236

³¹⁴ *Ibidem*, p. 236

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 237 e 238

³¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro:

³¹⁷ *Ibidem*, p. 239

argumentação, comenta o teórico³¹⁸, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição de possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, reforça o acadêmico, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso, porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas.

A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais, compreende Jürgen Habermas; os mesmos argumentos, porém, observa ele, desempenham papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apoia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, anuncia o autor, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas, expõe o estudioso, amarram a presunção de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade. Elas autorizam, afirma o teórico, as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias (como acontece com sujeitos de direito privado, exemplifica ele).

As palavras legislador, justiça e administração, opina o acadêmico³¹⁹, sugerem uma compreensão demasiado concreta, determinada pelas formas de institucionalização, que falseia o nível de abstração da teoria do discurso, no qual se esboça as funções da legislação, da aplicação e da execução. Para avaliar as formas concretas de institucionalização de princípios que resultam da lógica da divisão dos poderes, aponta Jürgen Habermas, é preciso adotar os pontos de vista abstratos da disposição sobre diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes. Na medida em que, exemplifica o autor³²⁰, a implementação de programas teleológicos sobrecarrega a administração com tarefas relacionadas com o aprimoramento do direito e com a aplicação da lei, a base da legitimação das estruturas administrativas não é mais eficiente.

³¹⁸ *Op.cit., loc.cit.*

³¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro:

³²⁰ *Ibidem*, p. 239 e 240

Então, conclui o estudioso³²¹, a lógica da divisão de poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas (através da introdução de formas de comunicação e participação correspondentes ou através do estabelecimento de processos judiciais ou parlamentares, de processos da formação de compromissos, exemplificativamente menciona ele).

No Estado democrático de direito, compreende o autor³²², compete à legislação política a função central. Dela, detalha o estudioso, participam, não apenas partidos, mas também a prática de decisão dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se auto programam. A função da aplicação de leis, comenta o estudioso, não é assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, sugere ele, por administrações. A função de execução das leis, a seu turno, explica o teórico, é exercida pelo governo e pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte dessas funções jurídicas, analisa o acadêmico, é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas.

A tensão entre facticidade e validade, argui Jürgen Habermas³²³, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Para preencher a função socialmente integradora e da pretensão de legitimidade do direito, esclarece o autor³²⁴, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. Novamente, a mesma problemática emerge: órgãos colegiados populares em sentido mais estrito corresponderiam a uma maior garantia de respeito ao princípio da segurança jurídica ou à pretensão de produção de decisões mais corretas?

E, ao antes exposto, acrescenta o autor, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial. De um lado, analisa o estudioso³²⁵, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida³²⁶. Os juízes

³²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 240

³²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 243

³²³ *Ibidem*, p. 245

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 246

³²⁵ *Op.cit.*, *loc.cit.*

³²⁶ Carlos Ari Sundfeld, escrevendo, em sentido similar ao que se alega, a respeito do equilíbrio na relação entre autoridade e liberdade, coloca que o direito público tem a complexa missão de *regular de modo equilibrado, as relações entre o Estado (exercente da autoridade pública e conseqüente poder de*

cidadãos, problematize-se, de um tribunal leigo, em nome do senso de equidade popular, realmente tomariam suas decisões finais de forma consistente e dentro do quadro de ordem jurídica estabelecido, tendo conta igualmente sua concreta forma de composição e operacionalização?

E aí, considera ele, o direito vigente aparece como um emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. E essa história institucional do direito, sugere o teórico, forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. Na positividade do direito reflete-se também as contingências desse contexto de surgimento, afirma o acadêmico.

De outro lado, pondera Jürgen Habermas, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, de modo que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, comenta o autor, que decidem uma caso atual, levando em conta igualmente o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, sustenta o estudioso, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. E a passagem da perspectiva histórica para a sistemática, revela ele, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas.

Outra vez, questione-se, até que ponto, cidadãos escolhidos ao acaso, reunidos em um Conselho de Sentença, como ocorre no sistema político e jurídico brasileiro, com mínimo ou nenhum preparo ou conhecimento técnico e científico do direito e de sua aplicação, poderiam responder de forma mais adequada e justa necessariamente, especialmente quando contrapostos aos julgadores profissionais estatais, a desafios da prestação jurisdicional como este último mencionado pelo autor?

Considerando-se tanto a relação que Konrad Hesse estabelece entre democracia e Estado de Direito, como a relação dada por Jürgen Habermas entre política e direito, em ambos os casos, considerando os parâmetros e contornos que de suas teorias estabelecem para a conformação de um Estado Democrático de Direito, revela-se evidente que a maioria dos pontos centrais levantados pelos dois estudiosos, argumentos que, por sinal, evidencie-se, apoiam-se não apenas em aparente bases teóricas

mando) e os indivíduos, que devem se sujeitar a ele, sem perder sua condição de donos do poder e titulares de direitos próprios. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2010. p. 110)

extremamente sólidas e coerentes, como também em igualmente consistentes bases históricas e materiais, advogariam muito mais pela ausência de fundamentalidade do papel do júri na maioria das ordens estatais hoje estabelecidas, sobretudo, porque desvinculam a ideia de que a melhor adequação de um instituto ou instituição política e jurídica estaria embasada prioritariamente no seu aspecto formal ou de ideal político, mas a vinculam a critérios de ordem mais técnica, de realização de funções, de alcance de objetivos, de implementação e preservação de valores e princípios democráticos, de distribuição de competências, racional, enfim, caráter mais prático e realista.

Na teoria de Konrad Hesse não se trata de modo tão aprofundado a questão do direito, da justiça e da prestação jurisdicional de forma mais direta e constante; ao contrário daquela proposta por Jürgen Habermas, que lhe dedica amplo e direto espaço de reflexão (que, por sinal, impende ressaltar, foi parcialmente trazida nesta seção, tendo em conta limites de extensão que este trabalho possa alcançar).

Ressalvada tal diferenciação, pelo quadro pragmático que estabelecem da dinâmica do relacionamento existente entre democracia e Estado de Direito, num caso, e direito e política, no outro, no contexto dos mais recentes modelos de Estados Democráticos de Direito, apoiando-se, aparentemente e especialmente na realidade concreta de suas conformações e de seus desenvolvimentos institucionais, verifica-se que a maioria esmagadora de suas proposições revelam sólida argumentação de base, senão para a reformulação total de um tal modelo tribunal popular no sistema político e jurídico brasileiro, no mínimo, mais que suficiente para extrair-lhe o caráter essencial que até hoje se pretende atribuir-lhe, o que, infelizmente, ele não demonstra com segurança na prática ter atingido para fins de realização dos princípios e valores democráticos que tanto se almeja ver implementados em todas as áreas de atuação estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de repensar o Tribunal do Júri no Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo, à luz da Doutrina Clássica, revela-se como uma tarefa relevante, pois reacende o espírito crítico a tal instituição, demonstrando que, muitas vezes, as lições dadas no passado ainda podem trazer grandes contribuições para se analisar o presente e o futuro de uma instituição política e jurisdicional.

Os ensinamentos resgatados, no caso, parecem apontar, de modo predominante, que a instituição do júri no Brasil, ainda caracterizada pelos atributos do sigilo das votações e da soberania dos veredictos, embora não permeada por todos os vícios de outrora, conserva muito ainda de suas antigas problemáticas identificadas pela Doutrina Clássica, dificilmente permitindo alcançar uma conclusão distinta de que o tribunal popular em operacionalização na realidade política e jurídica brasileira revela-se, na maioria dos seus aspectos, incompatível com a atual configuração do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Não se almeja neste trabalho dissertativo advogar pela plena inviabilidade de que o cidadão comum possa, de alguma maneira, participar diretamente da administração da justiça estatal, pelo contrário. O que se objetiva é demonstrar que o modelo de Tribunal do Júri adotado pelo sistema jurídico brasileiro, desde sua primeira implementação oficial no período imperial brasileiro, pouco contribuiu para tal progresso político, para a defesa da liberdade individual do cidadão ou para estabelecer uma forma adequada e eficiente de participação do cidadão na prestação jurisdicional estatal.

Bem, em sentido oposto, parece ter operado, em consonância com todo o conteúdo doutrinário colacionado especialmente na primeira parte desta dissertação, pelos relatos históricos e diversos pareceres jurídicos e políticos acerca da instituição do júri nele contidos, tendo servido por vários anos ao atendimento de interesses políticos e econômicos de determinados agrupamentos sociais, fenômeno que já havia se manifestado períodos anteriores entre os países europeus, notadamente na Itália, que

muito cedo buscaram migrar para as primeiras experiências de órgãos jurisdicionais mistos, escabinados e assessorados, os quais, infelizmente, numa etapa inicial, por manterem ainda diversos aspectos em comum com este modelo tradicional de Tribunal do Júri, carregaram consigo boa parte de suas vicissitudes.

Apenas em países como Inglaterra e Estados Unidos, no contexto do mundo anglo-saxão, da sistemática jurídica propiciada pela *common law*, a instituição do júri parece ter desempenhado e, talvez, ainda desempenhe, substancial função política de desenvolvimento da consciência política e democrática de seus concidadãos, até porque, lá o exercício da função do júri se dá de forma constante, não apenas em termos de matéria penal como, mas também, em termos de matéria civil, aquela que é mais próxima do cotidiano de um cidadão comum.

Ressalte-se que esteve entre os planos iniciais de nossos governantes que o júri brasileiro funcionasse em matéria civil igualmente, algo que nunca se consolidou, excetuados breves períodos de tempos em que se operacionalizaram o Júri de Imprensa e o Júri de Economia Popular, sendo curioso que, noticia-se, o primeiro teria sido estabelecido como um órgão de jurisdição mista.

Historicamente, parece difícil contestar que o Tribunal do Júri, em solo europeu, tenha desempenhado a função de guardião da liberdade individual do cidadão frente aos inúmeros regimes autoritários e absolutistas que predominaram naquele continente, contra os abusos e os desmandos de seus governantes, fenômeno que, no entanto, não pode ser transplantado de forma tão direta ao território brasileiro, pois, de modo bem mais direto e ágil, o sistema de habeas corpus desenvolvido no Brasil parece ter melhor desempenhado essa função, de forma gradual e ampliada.

Talvez, na Inglaterra e nos Estados Unidos, a instituição sob exame ainda seja capaz de proporcionar uma prestação jurisdicional efetiva e justa. No Brasil, não obstante, historicamente a instituição foi marcada pelos seus inúmeros casos de absolvições indevidamente concedidas e, a respeito de seu papel contemporâneo, de forma largamente difundida, não se encontra qualquer notícia concreta da relevância do Tribunal do Júri no serviço de prestação de justiça estatal. O exercício da função do júri não parece mover o espírito do cidadão brasileiro, sufocado por tantos problemas políticos e sociais, parecendo, apenas, provocar, ou um sentimento de rejeição, ou de indiferença.

Não existe consenso doutrinário de que os crimes dolosos contra a vida sejam necessariamente os mais graves, embora sejam gravíssimos, para que se justifique uma destinação de competência tão específica,

crimes de corrupção e de organização criminosa são tão graves quanto e repercutem socialmente de modo amplo e severo sobre toda a sociedade brasileira do que o cometimento de um caso isolado de homicídio, por exemplo.

De qualquer modo, nenhuma forma de infração penal deve deixar de ser submetida a um processo jurisdicional cercado de todos os cuidados necessários para sua melhor prestação, incluindo-se o seu aspecto técnico e científico, elemento que parece escapar ao Tribunal do Júri, sobretudo, no seu momento mais decisivo, o de formação do veredicto final pelos jurados. Órgãos jurisdicionais de participação popular que concedam tal liberdade ao cidadão de votar de acordo com a sua consciência, seguindo um suposto senso de equidade popular, podendo desvincular-se de todo direito estatuído e de todo cuidado técnico e científico que se requer para aplicação do direito, especialmente, no campo penal, no qual se pode alcançar um quase completo cerceamento da liberdade de um indivíduo, sempre serão acompanhados de graves problemas se não forem implementados da forma mais harmônica possível no sistema jurídico e político em que forem criados ou ao qual foram transplantados.

A instituição do júri e outros modelos de tribunais populares, sendo menos ou mais representativos da maioria e da diversidade política de uma nação, possíveis de serem identificados no panorama histórico internacional não se revelam essencialmente conectados a regimes democráticos de governo, pelo contrário, serviram também a regimes mais autoritários ou aristocráticos. Ressalte-se que, aliás, cortes de jurisdição popular, na sua forma mais pura, ou já em formatação mista, muito provavelmente tenham se originado e convivido de forma simultânea no transcorrer de toda a história da humanidade, pois, como complexa é a natureza do ser humano, complexo revela-se também seu desenvolvimento político, social e cultural. O padrão de Tribunal do Júri que se analisa neste texto dissertativo, conforme a pesquisa realizada, não teria na Grécia Antiga seu antecedente mais remoto, mas nos chamados tribunais mosaicos, do mesmo modo que, a sua configuração mais específica não provenha especialmente do júri anglo-saxão, mas do antigo procedimento do júri romano.

O histórico da previsão constitucional brasileira do Tribunal do Júri também auxilia a comprovar esta ausência de um caráter fundamental da instituição no sistema jurídico e político brasileiro, pois o seu enquadramento oscilou entre a forma de um órgão do Poder Judiciário e de um direito individual, sendo que, no corpo do texto constitucional de 1937, não foi feita qualquer menção à instituição. Ainda que na Constituição Federal em vigência, o júri tenha sido assentado como direito fundamental,

na prática, parece desempenhar mais o papel de um órgão de jurisdição especial dos Estados-membros, os quais podem regulamentá-lo, cada um deles, seu funcionamento de forma diferenciada, desde que respeitada sempre sua configuração constitucional básica e a normatização dada pelo Código de Processo Penal.

Acerca da análise e das considerações relativas à doutrina clássica de defesa da instituição do júri, verifica-se que tais teorias não se sustentam de forma absoluta, que possuem seus próprios pontos de incoerência interna, que estão carregadas de uma visão política extremamente idealizada e que foram sendo apropriadas em pontos muito isolados para que pudessem ser utilizadas em favor do júri em contextos históricos políticos e jurídicos completamente divergentes daqueles dos quais eram originários.

Compartilha-se do entendimento de que a doutrina clássica de oposição do júri que se propôs a resgatar neste texto dissertativo também é permeada por seu próprio viés ideológico, por uma visão extremamente tecnicista e cientificista em alguns momentos, entretanto, comparativamente analisando, seus teóricos, justamente por estarem imbuídos de um espírito mais científico, conseguem expor suas críticas mais radicais à referida instituição e, posteriormente, proceder a um exercício de ponderação para concordar que o júri, que a participação direta do cidadão na administração da justiça, possa ser mantido, de forma mais harmoniosa com o restante do sistema jurídico, desde que se proceda a algumas correções e adaptações importantes em sua operacionalização.

Por meio deste olhar ao passado foi que se tornou possível trazer de volta as principais questões postas e as fragilidades evidenciadas envolvendo a instituição clássica do júri, aqui, sinteticamente enumeradas e rerepresentadas: 1) a exigência de prévias condições sociais, políticas e culturais para que se possa implementá-la; 2) a inexistência de uma correlação essencial, em um regime democrático, entre o fato de que a população exerça diretamente o direito ao voto e o de que ela deva exercer diretamente a função jurisdicional estatal; 3) a relatividade da representação popular atribuída aos jurados; 4) a pretensa confiança do réu no julgamento procedido pelos seus pares; 5) mito da independência dos membros do tribunal popular; 6) a discussão em torno da possibilidade ou não de separação do juízo de fato do juízo de direito; 7) a ausência de preparo técnico-científico jurídico dos membros do tribunal popular; e 8) a verificação de que a administração da justiça pública, nos dias atuais, não se trata mais de uma questão exclusivamente política, mas também de uma relevante questão técnica

e científica, abrangendo, em alguma medida, todas as problemáticas anteriormente mencionadas.

Acredita-se que não se requer muito esforço para compreender que tais críticas aplicam-se, com as devidas adequações, ao Tribunal do Júri adotado pelo sistema jurídico brasileiro que, mesmo em face das atuais configurações sociais, políticas e culturais do Brasil, revela-se extremamente temeroso manter em vigência, com status de um direito fundamental ainda, um órgão que se apoie em bases tão contra democráticas como são a soberania dos veredictos e o direito de sigilo na votação.

Com certeza, o ponto nevrálgico de uma concepção clássica de Tribunal do Júri corresponde ao atributo da soberania dos veredictos, a qual, quer para a doutrina de defesa, quer para a de oposição, trata-se do coração do órgão, pois seria o carácter que de modo mais forte protegeria os jurados das ingerências estatais indevidas, por limitar sobremaneira a possibilidade de interposição de recursos que possam tentar modificar o veredicto soberano dado pelos juízes populares, algo que, pela sistemática constitucional e processual penal brasileira contemporânea representa uma forte afronta a uma série de outros direitos, garantias e princípios fundamentais.

A respeito dos pareceres e relatos acerca das primeiras experiências de órgãos jurisdicionais mistos, os escabinados e assessorados, implementados no continente europeu que, proporcionalmente colocando-se, muito mais rápido que o Brasil tornou-se consciente dos inúmeros problemas que trazia consigo o modelo tradicional de Tribunal do Júri. Não obstante, por serem estes ainda muito semelhantes em sua configuração ao seu antecessor, muitas das críticas e problemas apontados pelos autores e obras consultados igualmente podem ser dirigidos à instituição do júri brasileira, destacando-se que se consubstancia em uma análise crítica apoiada no que registraram ou ensinaram clássicos e renomados juristas de países como Alemanha, Espanha, França e Itália.

Observe-se que as fontes consultadas não lograram fazer uma apresentação e uma distinção exata entre estas duas formas de órgãos jurisdicionais mistos, os escabinados e assessorados, todavia foram suficientes para demarcar que, no que diz respeito ao momento da emissão do veredicto final, em nenhum desses órgãos deixou-se de contar com a participação do elemento técnico no julgamento do mérito, um problema crônico do padrão tradicional do Tribunal do Júri.

Encerrada a apresentação das conclusões deste primeiro segmento do trabalho, acredita-se ter apontado indícios suficientes de que, apesar de, em uma perspectiva formal, o Tribunal do Júri parecer plenamente adequado a um regime democrático, a um

Estado Democrático de Direito, apenas porque permite a participação direta do cidadão na administração da justiça, como a forma mais legítima do exercício de seu poder soberano, material e historicamente falando tal compatibilização não se confirma de modo completo, em função dos inúmeros problemas que resultam da sua tentativa de implementação e operacionalização, sobretudo, no caso brasileiro.

A noção de Estado de Direito também foi outra a ser revisitada, pois é um dos componentes núcleo de um Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que, historicamente colocando-se, parece figurar como um estágio anterior à formação de um Estado Democrático de Direito. Ainda que apontando para a importância dos limites postos pelo direito estatuído em uma determinada ordem estatal, num sentido mais estrito, formal ou positivista, revela-se que em seguida recebera um conteúdo mínimo permeado por uma concepção de direito liberal, à qual se agregou, posteriormente, uma ideia de implementação de justiça social.

Se o Estado e a sociedade, nessa conformação, devem atuar da melhor forma possível dentro dos parâmetros estatuídos pelo direito vigente adotado, considerando-se que em um modelo tradicional da instituição do júri, o juiz leigo, no momento do veredicto final, pode votar por sua livre consciência, sobrepondo-se inclusive ao que recomenda e prescreve o sistema legislativo ao qual está submetido, evidente que tal instituição afronta desde suas bases a concepção de um legítimo Estado Democrático de Direito, como aquele estatuído no caso brasileiro que, nas suas características mais essenciais, não se diferencia muito dos demais Estados Democráticos de Direito consolidados ao redor do mundo, especialmente na área de predomínio econômico e ideológico ocidental capitalista.

A soberania dos veredictos e o direito de sigilo na votação, implicando, respectivamente, na inobservância dos parâmetros legais e na desnecessidade de apresentação de uma motivação expressa para a decisão dada, certamente também afrontam princípios liberais, pois o Estado, em consonância com tal ideologia, deve sempre atuar de forma transparente e estabelecendo o máximo de garantias possível para o respeito aos direitos de propriedade e liberdade individual.

No que concerne ao alcance do objetivo de promoção da igualdade e justiça social, menos ainda, material e historicamente, conseguirá se comprovar, com evidente clareza, que um modelo clássico de Tribunal do Júri tenha cumprido função essencial nesse sentido, em qualquer caso ou contexto em que fora implementado.

Se até esta altura de análise, a instituição do júri não encontra plena compatibilidade, menos parece encontrar com uma concepção material de democracia que, ao lado do elemento de Estado de Direito, numa relação complexa e não de simples conjunção, consubstancia um Estado Democrático de Direito em sua configuração plena, apontando para o aspecto de que o princípio democrático deve irradiar tanto sobre a estrutura e a atuação estatal, quanto sobre o direito por ela estabelecido. O Tribunal do Júri, de modo análogo que ocorre na sua relação com o elemento da soberania, também parecerá plenamente compatibilizado com uma noção formal de democracia, pois se funda na participação direta do cidadão na administração da justiça, não obstante, a democracia, a forma democrática, não deva representar um fim em si mesma.

Há que se averiguar sempre qual a melhor forma de operacionalizar o princípio democrático, a atuação do Estado Democrático de Direito, primariamente, a partir de uma perspectiva material, pois, a democracia, antes de qualquer coisa, visando ao interesse comum da nação, busca consolidar determinados valores e princípios de promoção de justiça e bem-estar social, de convívio social e de respeito à dignidade humana, finalidade a qual, insista-se, o modelo de Tribunal de Júri brasileiro, sobretudo, não demonstra, de modo concreto, de forma fundamental, ser compatível ou indispensável em um Estado Democrático de Direito contemporâneo.

A análise feita da dinâmica de funcionamento do referido padrão de organização política e jurídica e estatal, por meio de reflexão de relações que se estabelecem, a título exemplificativo, entre Democracia e Estado, ou entre Direito e Política, apenas vieram a ratificar que o atual padrão de instituição do júri adotado no Brasil não se compactua com solidez com os valores e princípios de um Estado Democrático de Direito, especialmente levando em conta fatores como segurança jurídica e racionalidade que devem permear as relações sociais e, sobretudo as relações entre o Estado-administração e seus administrados.

Pelo contrário, historicamente pondo-se, em diversas ocasiões, serviu justamente em sentido oposto, atendendo a interesses particulares de determinadas agremiações políticas, econômicas e sociais, permeado livremente pela corrupção e desconsiderando amplamente a priorização do aspecto técnico e científico, especialmente, na hora de decidir o mérito final da causa.

A despeito de todas as reformas que o Tribunal do Júri já tenha passado em nossa sistemática processual penal, não se pode negar que a instituição urge passar por

uma reformulação ainda mais profunda, caminhando sobretudo no sentido de estabelecer-se como um órgão de jurisdição mista, enquadrado de forma efetiva dentro de todos os princípios processuais tutelados, direta ou indiretamente, constitucionalmente pelo Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo, a exemplo da exigência de expressa motivação das decisões judiciais e de uma maior possibilidade de interpor recursos de suas decisões finais.

Para este último fim mencionado, obviamente, existe o desafio de encontrar amplo apoio político para que se consiga promover uma Emenda Constitucional que retire o sigilo das votações e da soberania dos veredictos da área das cláusulas pétreas constitucionais. Algo não tão inviável de se proceder, até porque, pelas lições extraídas com o resgate da Doutrina Clássica do Tribunal do Júri, num Estado Democrático de Direito, materialmente analisando, não basta o critério da forma democrática de um instituto para justificar sua existência, ele deve atender concretamente aos princípios e valores e respeitar o direito estatuído pelo conjunto do ordenamento estatal.

Se o júri assegura na realidade anglo-saxã a tutela do direito de liberdade individual e um efetivo desenvolvimento do espírito político de cidadania, pelos relatos históricos vistos, não parece ser esta a função que o júri tenha desempenhado ou desempenhe no Estado brasileiro. O mais procedente, como se verifica, através das reflexões trazidas pela antiga doutrina resgatada é que, o direito fundamental a ser protegido em nosso sistema é o da participação direta do cidadão na administração da justiça e não uma instituição em específico.

Uma Emenda Constitucional, no sentido de tutelar diretamente o direito fundamental ora referido, mantendo, quiçá, a instituição do júri, a título exemplificativo, como uma das possibilidades de operacionalização de tal direito, não representa um retrocesso ou restrição de direitos, na forma como veda o art. 60 da CF, pelo contrário, a separação entre a instituição e o direito fundamental, no caso, abriria significativamente amplo espaço para proteção e efetivação deste último, quem sabe, podendo fundamentar o surgimento de renovados institutos ou instituições políticas e jurídicas que sejam, sobretudo, mais compatíveis com o Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo para o desempenho da mesma tarefa e, talvez, no caso brasileiro, contribuindo de melhor forma para que os cidadãos realmente desenvolvam seu espírito político por meio de ativa participação nas decisões administrativas jurisdicionais estatais, sejam de caráter penal ou civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*; tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tiragem. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA., 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: LANDY, 2001.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2017.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 42. ed. São Paulo: Editora Globo S.A., 2001.

BARBOSA, Ruy. *Posse e direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa: 1896.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 28 mai. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano: parte general*. 2. ed., rev. y adicionada con índices México: Antigua Librería Robredo, 1941.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. vol. I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. Bosch y Cía., 1950.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A constituição federal comentada*. Volume III. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1949.

COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional law in the united states of America*. Boston: Little, Brown and Company, 1880.

DOTTI, René Ariel. *Anteprojeto do Júri*. Brasília a. 31 n. 122 mai./jul. 1994.

ESPINOLA, Eduardo. *A nova constituição do brasil*. Direito político e constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Constituição anotada*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957. vol. II.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Madrid: Centro Ed. Gongora, 1907. v. 1.

FRAGOSO, Heleno. *A questão do júri*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo44.pdf Acesso em: 20 out. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GAROFALO, Baron Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown, and Company. 1914.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. vol. II. Campinas, SP: LZN Editora, 2003. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama

GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1935. Conferências dadas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*; tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Tradução: Luís Afonso Heck

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. Tradução: Luís Afonso Heck

HUNGRIA, Nelson. *A justiça dos jurados*. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/347/291> Acesso em: 13 nov. 2017.

IHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand JOSÉ BASTOS & C.a. Editores, 1818-1892. Vertido da tradução francesa de O. de Meleunaere por Abel de D'Azevedo

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior)

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*; tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 1997.

LEVENE, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

LIMA, Carlos de Araújo. *Os grandes processos do júri*. I Volume.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2002.

MACIEIRA, António. *Do júri criminal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1914.

MARQUES, José Frederico. *O novo código de processo penal*. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279047241.pdf Acesso em: 19 out. 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. 2. ed. rev. e aum. Vol. IV. Arts. 141-156. São Paulo: Max Limonad, 1953.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II

MOELLER, Uriel. O “Júri” Alemão. O leigo no processo penal na Alemanha. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5694105> Acesso em: 05 nov. 2017.

NORONHA, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

OLIVEIRA, Walter Martins de. *Nova constituição dos estados unidos do Brasil*. Ligeiros comentários a constituição de 10 de novembro e a de 16 de julho de 1934. Principais decretos-lei federais e do estado do Rio de Janeiro. 1938.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PINTO, Ferreira. *Comentários à constituição brasileira*. vol. 1. Arts. 1 a 21. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Antônio Marques dos. *Constituição federal brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1934.

RIQUELME, Victor B. *Instituciones de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.

ROCHA, Justiniano José da. *Considerações sobre a administração da justiça criminal no Brasil, e especialmente sobre o júri*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de Seignot-plancher e C., 1835.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Vol. III. Porto Alegre: Oficina Gráfica da Livraria do Globo, 1942.

SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. Que é o terceiro estado?* 3. ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2005.

SILVEIRA NETO, Honório. *Fundamentos do estado democrático de direito*.

Disponível em:

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1416/1345>

Acesso em: 04 dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. 3. ed. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1987.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. de acordo com a CF88. São Paulo: Saraiva, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo penal*. vol. 4. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

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

VELLOZO, Athos Moraes de Castro. *Limitações à soberania do júri*. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20\(T%203385\).pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24842/T%20-%20VELLOZO,%20ATHOS%20MORAES%20DE%20CASTRO%20(T%203385).pdf?sequence=1) Acesso em: 21 out. 2017.