

Breves reflexões para a crítica reformadora da estrutura jurídico-normativa do Tribunal do Júri brasileiro

Marcelo Buttelli Ramos¹
Gustavo Noronha de Ávila²

Sumário: 1. Introdução; 2. Crítica ao Art. 409 do Código de Processo Penal e o Monólogo Acusatório que Enseja; 3. Crítica ao Parágrafo Primeiro do Art. 413 do Código de Processo Penal ou do Perigo Potencial que Engendra a Linguagem Utilizada na Decisão de Pronúncia; 4. A Meia-Verdade que Inspira o Conselho de Sentença; 5. A fundamentação das decisões: da íntima convicção que prescinde de justificação como característica de um órgão jurisdicional de exceção; 6. Escabinato: De Imagem Propositiva à Miragem Irrealizável; 7. Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo problematizar alguns aspectos controversos identificados a partir do estudo da estrutura jurídico-normativa que regula o rito do Tribunal do Júri brasileiro. Com efeito, desviando um tanto da perspectiva dogmática tradicional - *que discorre sobre a (i)legitimidade da instituição a partir do relevante, porém dicotômico (e limitado) debate: sistema acusatório x inquisitório* - optamos, neste escrito, por tensionar os limites da crítica a partir da série de proposições deslegitimadoras que inaugura o saber criminológico crítico. Em suma, buscamos problematizar esse tão importante rito procedimental do processo penal brasileiro através da caleidoscópica lente da criminológica crítica e da racionalidade garantista.

Abstract: This paper aims to discuss some controversial aspects identified from the study of the legal-normative that regulates the brazilian jury. Indeed, deviating somewhat from the traditional dogmatic perspective - that discusses the (il)legitimacy of the institution from the relevant, however dichotomous debate: inquisitorial system *versus* adversarial system - we chose, in this writing, to straining the limits of criticism by the problematizing propositions that inaugurates the critical criminological knowledge. In short, we sought to discuss this important rite of the brazilian criminal procedure through the kaleidoscopic lens of critical criminology and through the garantism rationality.

Palavras Chave: Processo Penal brasileiro – Tribunal do Júri brasileiro – Garantismo Penal – Criminologia Crítica.

Keywords: Brazilian Criminal Procedure – Brazilian Jury – Criminal Garantism - Critical Criminology.

1. Introdução.

Conhecer a real finalidade do sistema de justiça criminal e saber identificar a gênese do discurso punitivo no hodierno³, talvez contribua para elucidar a razão que determina, fatalisticamente, a manutenção desse letárgico estado de repouso dogmático em torno do qual se aninha grande parcela dos operadores jurídicos que lidam diretamente com a operacionalização do Tribunal do Júri, esse rito processual penal que, não obstante as suas

¹ Graduado pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter, e pós-graduando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogado.

² Professor de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário Ritter dos Reis (Canoas e Porto Alegre). Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

³ Providências que ficaram a cargo do movimento criminológico Crítico. Cf. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 42.

várias disfuncionalidades constitucionais, segue perfectibilizando, inconteste, múltiplas agressões à caros valores democráticos.

Com efeito, para além da fulgurante crítica sistêmica que engendra o saber criminológico (crítico) – *cujas proposições teóricas contribuem para espírito de reforma que se manifesta neste trabalho* – devemos, ao pensar em algumas reformas tópicas para o procedimento, levar em consideração a sua própria dinâmica de funcionamento; do contrário, estaremos fadados à (inútil) defesa de programas político-criminais irrealizáveis⁴. Efetivamente, entendemos ser necessário (v.g. inadiável) instrumentalizar a crítica desde a perspectiva da normatividade concreta que regula o Tribunal do Júri brasileiro. Destarte, acreditamos ser imprescindível (re)pensar a própria validade substancial/constitucional das regras que regulam o funcionamento do tribunal popular; a propósito disso, foram orientadoras as proposições que dão corpo ao sistema de garantias preconizado por Luigi Ferrajoli, na sua clássica obra “Direito e Razão”.⁵

Dito isso, cumpre agora esclarecer terem sido cinco as controvérsias identificadas em nossos estudos. Vejamo-las, topicamente.

Num primeiro momento, importou-nos problematizar a aparentemente inofensiva dicção normativa do art. 409 do Código de Processo Penal. Nesse particular, descamamos a violação ao princípio da paridade de armas que o dispositivo legal em comento enseja. Por conseguinte, estabelecemos os vetores para a discussão do disposto no §1º do art. 413 do Código de Processo Penal; no ponto, advertimos para o perigo (potencial) que engendra a linguagem empregada no bojo da decisão de pronúncia.

Para além destas questões, denunciemos ainda a falácia que representa esse argumento fundamental que inspira a defesa do Tribunal do Júri (enquanto rito processual) e que o eleva à condição de “ferramenta” voltada para o exercício e aperfeiçoamento do (con)senso democrático. Posteriormente, discutimos como pode a junção dos princípios da inexigibilidade de motivação das decisões e da íntima convicção dos jurados representar a ponta da lança que empala a mais fundamental garantia de que dispõe o cidadão perante o Estado. Derradeiramente, elucidamos as premissas e destacamos os limites do argumento que

⁴ É preciso atentar para que a crítica exacerbada não se deixe contrainstrumentalizar pelo rígido aparato ideológico punitivista, tornando-se, ao invés de um movimento emancipatório, uma ferramenta de retroalimentação de um ideário aprisionador, tal como adverte o filósofo Slavoj Žižek: *O impasse da “resistência” nos leva de volta à questão da paralaxe: só se precisa de uma leve mudança de ponto de vista e toada a atividade de “resistir”, de bombardear os que estão no poder com exigências “subversivas” impossíveis, parece um processo interno de alimentar a máquina do poder, de lhe dar material para continuar funcionando.* (ŽIŽEK, Slavoj. *A Visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 437).

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*; prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio. - 3. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 96.

sugere o Escabinato como alternativa idônea (e possível) à atual configuração jurídico-normativa do Tribunal do Júri brasileiro.

Sem mais delongas, “a la bataille”!

2. **Crítica ao Art. 409 do Código de Processo Penal e o Monólogo Acusatório que Enseja:**

Permitir, pois, que o Ministério Público manifeste-se depois da defesa, significa chancelar metodologia estranha aos ideais propugnados pelo sistema acusatório, que garante ao órgão defensivo o direito de falar por último, o que lhe permite reagir a toda e qualquer sorte de proposição suscitada pelo adido ministerial.

A impossibilidade de contrariar a manifestação acusatória de que trata o art. 409 do CPP⁶ - que se apresenta como verdadeira e inadmissível “réplica” - caracteriza clara violação ao princípio do contraditório, cujo exercício pressupõe, como direito/capacidade inalienável do acusado e de seu defensor, a possibilidade de falsificação de todas as denúncias e imputações articuladas pelo órgão acusatório.

Nessa toada, possível inferir que a vigência do art. 409 do Código de Processo Penal importa, com efeito, grave desequilíbrio no âmbito da relação processual; de outro lado, a sua validade comporta, em última análise, violação ao princípio da paridade de armas, pedra angular de um processo que se pretende dialético.

Conforme Luigi Ferrajoli, para que o debate entre Estado-acusador e acusado se desenvolva nos lindes do contraditório, é fundamental que o procedimento alcance o nível da paridade de armas, isto é, um estado de coisas em que as partes são tratadas como iguais, uma realidade em que o órgão de defesa é dotado das mesmas capacidades e poderes que ostenta o órgão de acusação⁷.

Pois, fica evidente a tensão que se estabelece entre a norma jurídica em comento e o princípio do contraditório, cuja efetividade resta, neste caso, severamente mitigada. É que ao exaltar a atividade acusatória em detrimento da incumbência defensiva, a regra em perspectiva incorre no pecado de importar, para dentro do processo penal, uma sistemática procedimental estranha à lógica constitucional que colima, senão, tornar desembaraçado o exercício da defesa processual pelo acusado.

Com efeito, observado o fato de que o procedimento em questão se orienta não pelo ideal da *ampla*, mas sim pelo ideal da *plenitude de defesa* (art. 5º, XXXVIII, “a”, CFRB),

⁶ Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal; prefácio da 1 ed. Italiana, Norberto Bobbio. - 3. Ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 566.

concluímos pela inexistência argumentos a justificar a permanência deste dispositivo legal no âmbito do interregno normativo compreendido entre os artigos 406 e 491 do Código de Processo Penal

3. Crítica ao Parágrafo Primeiro do Art. 413 do Código de Processo Penal ou Do Perigo Potencial Que Engendra a Linguagem Utilizada na Decisão de Pronúncia:

Como toda e qualquer decisão emanada de um órgão do Poder Judiciário, a decisão que encerra a primeira fase do rito do Tribunal do Júri deve, por força de imperativo constitucional (v.g. art. 93, IX, CFRB), ser fundamentada.

Contudo, tendo em vista a natureza de decisão de pronúncia⁸, que não se presta ao julgamento do mérito da ação penal, senão ao reexame da justa causa da pretensão acusatória, força convir acerca da necessidade de se tecer algumas breves considerações acerca da peculiar espécie de ato jurisdicional e a sua relação com o princípio da motivação/fundamentação.

Quando da decisão de pronúncia, deve o magistrado apontar quais são as provas que confirmam, ao menos aparentemente, a materialidade e a autoria delitivas inicialmente apontadas pelo órgão acusatório. O problema experimentado pelo juiz que preside a fase do “sumário da culpa” começa aqui. Efetivamente, a leitura do parágrafo primeiro do art. 413 do Código de Processo Penal revela a difícil missão delegada àquele que mais tarde presidiária a sessão plenária de julgamento.⁹

Neste sentir, deve o magistrado, quando da elaboração da decisão de pronúncia, indicar as provas existentes nos autos que lhe permitiram inferir acerca da existência de “indícios suficientes de autoria ou de participação” do acusado no episódio narrado, em denúncia, pelo Ministério Público. Contudo, essa “indicação” deve resultar de uma argumentação sóbria e desprovida de qualquer razão excessivamente persuasiva.

O que de fato reclama uma argumentação minudente e mais veementemente conclusiva é a constatação da efetiva ocorrência do delito (materialidade delitiva). No que concerne a “autoria delitiva”, tornamos a dizer, tendo em vista serem os jurados os reais juízes naturais da causa, deve o presidente, primando pela imparcialidade do Conselho de Sentença, enunciar comedida e objetivamente as circunstâncias que garantem supedâneo à opção pela pronúncia.

⁸ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.1. p. 3. 2011. p. 267.

⁹ Art. 413. (omissis) §1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Certo é que não deve o magistrado tecer alegações de certeza, senão de probabilidade acerca da autoria do delito, sem o que acabará, por certo, por contaminar a compreensão dos jurados, que, por terem acesso aos fundamentos da decisão de pronúncia, estão sujeitos a essa espetacular influência que pode advir deste verdadeiro argumento de autoridade que afirma ter sido encontrado nos autos do processo prova suficientemente robusta a indicar a culpa do acusado.¹⁰

Noutra dimensão, a redação atribuída ao §1º do art. 413, ao exigir expressamente do magistrado a indicação dos “*indícios suficientes de autoria*”, tende a usurpar dos jurados a possibilidade de analisar genuinamente a questão relativa à autoria delitiva, cuja percepção, no mais das vezes, exsurge previamente orientada pela eloquência punitiva manifesta no bojo da decisão de pronúncia.¹¹

É que o vocábulo “suficiente”, observado o caráter provisório da decisão de denúncia, pode sugerir aos jurados que a decisão de pronúncia consubstancia juízo absoluto e definitivo acerca da responsabilidade do acusado.

Nessa linha compreensiva, pretendendo adequar o enunciado do §1º do art. 413 do Código de Processo Penal à principiologia constitucional - mormente ao comando normativo que emana do princípio da presunção de inocência - indicamos como alternativa: a reescrita do próprio preceito normativo, com vistas a se atribuir à decisão de pronúncia uma redação menos pretensiosa e mais garantidora, no sentido de vincular o magistrado à enumeração das provas que sugerem como *prováveis* e não como *suficientes* estes indícios que denotam, a priori, a responsabilidade penal imputada ao acusado.

4. Da Meia-Verdade que Legitima o Conselho de Sentença:

Definitivamente, a figura do Conselho de Sentença se consagra ao longo da história na medida em que seguimos defendendo (acriticamente) o seu alto e indubitável grau de representatividade democrática.

Essa é, a propósito, a versão oficial da história contada por uma doutrina do tipo *prêt-à-porter*, que parecer se preocupar mais com a manutenção de um estado de repouso dogmático – *permeado por “verdades absolutas”* – do que com a operacionalização das regras processuais penais com vistas à promoção dos direitos e garantias fundamentais do acusado.¹²

¹⁰ Ibidem. p. 268-9.

¹¹ O malfado excesso de linguagem representa, senão, o signo de uma judicância antigarantista, comprometida não com a tutela do mais débil, mas com a prevalência do desiderato acusatório.

¹² Conforme a doutrina Evandro Lins e Silva, citado por Lênio Streck, o Tribunal do Júri “é o símbolo da solidariedade humana. A indulgência não é defeito, é virtude, e a consciência caminha, de preferência, no sentido do perdão, como a história caminha no sentido de atenuação da pena”. Tal referência, embora encerre um ensinamento antigo, encontra ampla consonância na moderna dogmática jurídica, cuja perspectiva manualística

Fiéis à perspectiva crítica que inspirou a escrita das linhas antecedentes, devemos provocar ao indagar: será que o Conselho de Sentença, no que concerne a formação sócio-econômica dos seus membros constituintes, reproduz/representa a diversidade social e étnico-cultural que define o povo brasileiro?

Nossa resposta ao interrogante proposto segue num sentido negativo.

Com efeito. Do modo se procede a eleição dos jurados que irão compor o conselho de sentença, dá-se preferência, hoje, à formação de um verdadeiro tribunal da classe média.

Nesse diapasão, preleciona Lopes Júnior:

tampouco os jurados possuem a “representatividade democrática” necessária, na medida em que são membros de segmentos bem definidos: funcionários públicos, aposentados, donas de casa, estudantes, enfim, aqueles que não têm nada melhor para fazer e cuja ocupação lhes permite perder o dia inteiro (ou mais) em um julgamento.¹³

Segue no mesmo sentido a lição de Paulo Rangel:

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.¹⁴

Longe de pretender convalidar determinismos, nos importa alertar para a existência de um largo e profundo abismo social que separa os membros do Conselho de Sentença da clientela habitual do sistema de justiça criminal.

Este dado é relevante na medida em que contribui para desvelar um dos elementos que informa a (i)lógica do método decisório adotado no âmbito do Conselho de Sentença. Vejamos, senão.

Precisamente, carentes de um referencial teórico que lhes permita manejar objetivamente os dados que lhes são apresentados pelos órgãos de defesa e acusação, os jurados operam seus juízos a partir de uma lógica de identificação social, é dizer, o juízo de culpabilidade acerca do acusado, no mais das vezes, não decorre da prova coligada aos autos, mas sim do seu grau de assujeitamento deste ao padrão moral instituído pelas classes dominantes e reproduzido docilmente pela classe média.

persiste glorificando a júri a partir da entoação dos mesmos predicados exaltados pelos autores do passado. (SILVA, 1980, p. 61, *apud* STRECK, 2001, p. 90)

¹³ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.1. p. 3. 2011. p. 321.

¹⁴ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. lxxvii, 938 p. p. 483.

Traduz o nosso argumento a doutrina de Luiz Lênio Streck, que revela o verdadeiro conteúdo do trabalho desempenhado pelos atores jurídicos encarregados dos cênicos atos protagonizados na sessão plenária de julgamento:

o que se tenta fazer é enquadrar homens e mulheres concretos dentro das regras idealizadas e comprovar a sua maior ou menor adesão a elas”. Do sucesso dessa operação é que vai depender, então, a condenação ou absolvição dos acusados perante o júri, onde o que se pune é a conduta social do acusado e da vítima, e não o crime cometido.¹⁵

A atual conjuntura jurídico-normativa do Júri brasileiro evidência, pois, a receita para um julgamento que, afastado da objetividade e da tecnicidade, se perfaz a partir de juízos subjetivos guiados, fundamentalmente, por uma empatia intuitiva, órfã de racionalidade.

A propósito dessa tensão social que se verifica no âmbito da relação que se estabelece entre jurados e acusados, Paulo Rangel vai denunciar a existência de uma evidente, porém abnegada, luta de classes no âmago do Tribunal do Júri. Nesse sentir, vai indagar:

O leitor já viu um morador do morro ou da favela fazer parte do corpo de jurados? Não precisa ser do mesmo morro ou favela do acusado por questões óbvias, mas uma pessoa que conheça aquela realidade por viver e não por ler em jornais? Não, claro que não.¹⁶

Destarte, levando-se em consideração que o banco dos réus é cadeira cativa daqueles que se posicionam (e que são posicionados) à margem da sociedade, podemos concluir, sem precisar suscitar grandes polêmicas, que os julgamentos patrocinados pelo Conselho de Sentença, antes de serem eminentemente técnicos, são, fundamentalmente, morais.

Longe de estarem investidos na condição de “pares do acusado” – postura que estaria a exigir certo exercício de alteridade – os integrantes do conselho de sentença operam seus papéis como uma espécie de algozes do infortúnio constitutivo da desigualdade material que sustenta toda a lógica do sistema capitalista¹⁷. Ora, a condenação do réu não significa apenas a consagração das teses acusatórias, denota, pois, igualmente, uma espécie de certificação final acerca do desajuste econômico do qual padecem todos aqueles que não possuem fôlego social suficiente para escapar dos tentaculares mecanismos de seleção do sistema penal.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do Júri: símbolos & rituais. 4. ed. Porto Alegre: LIV. do Advogado, 2001. 183 p. p. 160.

¹⁶ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. LXVII, 938 p. p. 521.

¹⁷ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 189.

Nessa medida, a atual organização normativa do Tribunal do Júri¹⁸ tem sonogado das classes economicamente subalternizadas a possibilidade de integrar o Conselho de Sentença, fato que impossibilita a construção de vereditos baseados não no preconceito, mas na alteridade, no encontro, na compreensão.

Em face desse diagnóstico pessimista, torna-se fundamental (re)pensar o método eleito para formação do próprio Conselho de Sentença.

Entendemos, nesse passo, pela necessidade de se conceber um novo parágrafo no âmbito do art. 425 do Código de Processo Penal. Em verdade, pensamos em um dispositivo normativo que, direcionado ao magistrado, torne obrigatória, nos autos de cada processo, a fiel demonstração de que a requisição aludida pelo §2º do art. 425 do CPP restou efetivamente atendida. Por via de consequência, urge seja estabelecida, para os casos de descumprimento deste novo preceito normativo, nova hipótese de penalidade funcional, de modo a se garantir a eficácia desta horizontal convocação.¹⁹

Com efeito, acreditamos que se pudermos elevar o vocábulo “requisitará” à condição de imperativo procedimental, estaremos a concretizar o ideal reformador que iluminou o legífero responsável pela nova redação outorgada ao dispositivo no ano de 2008.

5. A fundamentação das decisões: da íntima convicção que prescinde de justificação como característica de um órgão jurisdicional de exceção:

A motivação de um ato decisório consiste num exercício de evidenciação, mais ou menos completa²⁰, das premissas invocadas pelo julgador quando da formulação de um ou outro juízo acerca dos fatos narrados, argumentos articulados e ou provas produzidas ao longo da instrução criminal.

Esse labor mental, que almeja demonstrar o porquê da escolha por uma ou por outra narrativa, perpassa, necessariamente, por um processo de persuasão/captura racional, onde o julgador, observada a correção do raciocínio manejado pelas partes, apreende - sempre informado pela sua própria ideologia²¹ - os desideratos acusatório e defensivo e os

¹⁸ Não obstante a expectativa sugestionada pelo §2º do art. 425 do Código de Processo Penal: Art. 425. [...] § 2º “O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.”

¹⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.2., 2011. p 393.

²⁰ Rui Portanova vai dizer que “no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis”. (PORTANOVA, 2008, p. 248)

²¹ Dado que se reconhece desde a obra “Motivações ideológicas da sentença” de Rui Portanova. (PORTANOVA, 2003, p. 15)

confrontando com a sua própria visão de mundo, tudo de modo a emitir um juízo opinativo e provável acerca daquela situação problemática que lhe é apresentada.

No caso, podemos concluir que é a explicitação e pormenorização analítica cada um dos fatos narrados e fundamentos jurídicos invocados que permite verificar se o julgador valeu-se efetivamente de critérios minimamente lógicos e racionais a fim de “realizar” aquilo que lhe pareceu ser a “justiça” do caso concreto.

A motivação do ato jurisdicional surge, assim, como princípio balizador de uma racionalidade garantista que busca, sempre e sempre, a legitimação interna e externa de todas as decisões provenientes de um órgão jurisdicional legalmente instituído.

Precisamente, é nas linhas que constituem a fundamentação do ato decisório que se oportuniza, às partes, o controle da argumentação perfectibilizada pelo julgador, a quem incumbe demonstrar, a um só tempo, a validade das suas proposições, segundo os ditames da legalidade, e a sua ancoragem no fático e não no hipotético.

Todas essas razões levam Luigi Ferrajoli a reconhecer que é por ocasião da (in)existência de motivação que as decisões judiciárias se tornam (i)legítimas.²²

Não obstante a relevância desta garantia, costuma-se dizer que a inexigibilidade de motivação no âmbito do Tribunal do Júri decorre desse obstáculo prático consubstanciado no fato de que jurado, na condição de leigo, não dispõe de condições mínimas para compreender todo o repertório técnico/teórico invocado pelos operadores do direito durante a realização da sessão plenária de julgamento. Sustenta-se, com efeito, que essa garantia permite, ao viabilizar a prolação de decisões jurídicas por atores não-jurídicos, a própria existência do Tribunal Popular.

Sucedendo que essa justificativa serve apenas à (re)legitimação de uma metodologia decisória claramente inconstitucional e tendente a fomentar a realização de uma jurisdição essencialmente arbitrária, onde o poder sobrepuja a razão.²³

Não por outra razão Ferrajoli infere que:

Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle de legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor “endoprocessual” de garantia de defesa e o valor “extraprocessual” de garantia de publicidade. E pode ser considerado o principal parâmetro tanto

²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal; prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio. - 3. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 574.

²³ Essa essência arbitrária do juízo formulado pelo jurado nos remete à figura do *juiz Bridoye*, personagem clássico da literatura inglesa que se tornou famoso por decidir a sorte dos réus num rolar de dados. “Alea jacta est! – Urrava o pretor inglês”. Essa comparação, algo caricata, ilustra bem a precariedade lógico-racional da jurisdição praticada pelo jurado. (PORTANOVA, 2008, p. 246)

da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.²⁴

Nesse contexto, arremata Portanova que a boa sentença, a que cumpre a missão institucional outorgada a seu prolator, é aquela que não inspira suspeita e deixa a sociedade tranqüila com relação ao seu conteúdo.²⁵

A inexigibilidade de motivação das decisões ganha contornos mais drásticos na medida em que é brandida em conjunto com o princípio da livre convicção dos jurados.

A propósito disso, digna de nota é a observação consignada por Lopes Júnior, que ao discorre sobre os perigos que engendra essa perigosa combinação axiológica:

A supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora dos autos. Imaginemos um julgamento realizado no Tribunal do Júri, cuja decisão seja manifestamente contrária aos autos (condenatória ou absolutória). Há recurso de apelação com base no art. 593, III, “d” do CPP, que, uma vez provido pelo Tribunal, conduz à realização de novo júri (consequência da aplicação da primeira parte do parágrafo terceiro do art. 593). (omissis) “E nesse “novo júri a decisão é igual a anteriormente prolatada e, portanto, novamente divorciada da prova dos autos. [...] “Poderá haver então novo recurso, aduzindo que novamente os jurados decidiram contra a prova dos autos? Não, pois a última parte do parágrafo terceiro do art. 593 veda expressamente essa possibilidade”.²⁶

O exemplo invocado pelo autor bem ilustra o despropósito desse discurso que, a pretexto de garantir o funcionamento do próprio Tribunal do Júri²⁷, propugna um verdadeiro “enjambre” principiológico, contrário à própria Constituição Federal.

Realmente, subjaz a aparência “democrática” desse discurso (que procura justificar o injustificável), um plano nada bem intencionado que privilegia a realização de um julgamento preconceituoso, informado, essencialmente, pelas impressões pessoais que os jurados têm acerca da cor, da profissão, do grau de escolaridade, em suma, da vida pregressa do acusado:

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal; prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio. - 3. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 574.

²⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008. 308 p. p. 248.

²⁶ LOPES JR. Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade garantista). 4.ed.rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. xl, 315 p. p. 153.

²⁷ No que concerne aos verdadeiros espetáculos que se realizam nas sessões plenárias de julgamento, Alexandre Morais da Rosa é incisivo quando diz que “*tudo se encontra, no caso brasileiro, na dependência do Teatro-Júri, onde as atuações performáticas e pirotécnicas dos atores responsáveis pela peça-teatro-processo são mais importantes do que a conduta do acusado; da rivalidade de encenação entre acusação e defesa, na maioria dos casos, depende o futuro de um cidadão que recebeu, em tese, a garantia democrática e o direito de não ser condenado subjetivamente, mas que na prática depende muito desse fator subjetivo-emocional emitido em face dos jurados, escolhidos entre a classe média, para julgar, via de regra, os pobres*”. (ROSA, 2006, p. 322)

um pária social, segundo o órgão acusatório, um cidadão conformado, porém incompreendido, segundo os seus defensores.²⁸.

A predominância desse tipo de discurso no espaço de discussão que se estabelece nas sessões plenárias de julgamento foi, há mais de três décadas, diagnosticada por Lênio Streck:

Lamentavelmente, nos julgamentos do Tribunal do Júri, prevalecem as teses do Direito Penal do Autor. Esse tipo de procedimento é exercitado exatamente por que o Direito Penal está inserido em uma sociedade desigual, em que, se o indivíduo tiver bons antecedentes, for um bom pai de família, trabalhador, etc. enfim, se enquadrar segundos os padrões de normalidade da sociedade dominante, terá maiores possibilidades ser absolvido do que alguém classificado com desviante.²⁹

Noutra dimensão, é interessante notar que a incompatibilidade do modelo decisório que hoje vigora não se dá somente em relação à normatividade constitucional. Explico.

O julgamento imotivado, característica maior do Tribunal do Júri brasileiro, não se sustenta nem no plano jurídico internacional. É que ao contrário da sistemática adotada em *terrae brasilis*, a Convenção Européia de Direitos Humanos, prevê, em seu artigo sexto, *que qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada publicamente (...)*.

O que se vê a partir do enunciado normativo transcrito é, pois, o mais fidedigno retrato de um “altíssimo estágio de avanço civilizatório em termos de limitação dos poderes públicos no que toca às necessidades de justificação e transparência das decisões que atinjam diretamente os cidadãos”.³⁰

Por todo o dito concluímos que também o jurado tem o dever de apresentar ao acusado o itinerário lógico por ele percorrido até a formação do seu juízo, seja ele absolutório, seja ele condenatório.

Nesse sentido, defendemos, enquanto alternativa: seja entregue aos membros do conselho de sentença, antes de iniciada a sessão plenária de julgamento, um questionário que, despido de qualquer brilharesco vernacular, convide-os a apresentar, por escrito, mas em sigilo, quais foram os argumentos e/ou as provas que contribuíram para a formação do seu juízo.

²⁸ Argutamente, Lopes Jr. vai alertar para o fato de que “a “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgado pela “cara”, cor, opção sexual, religião, etc.”. (LOPES JR., 2011, p. 323)

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001. 183 p. p. 74.

³⁰ COPETTI, André. In: **Sistema Penal & Violência**. Revista digital da faculdade de direito da PUCRS, **Porto Alegre, Vol. nº3, Número 1, p. 30-46, janeiro/junho 2011**; A incompatibilidade das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o estado democrático de direito, p. 43.

Preenchido o questionário, este seria então entregue aos órgãos de defesa e acusação, oportunidade em que poderiam verificar se há, entre as justificativas fornecidas, os debates realizados e as provas produzidas, um nexó minimamente lógico que denote a realização de um julgamento racional e imparcial, que não seja fruto da sorte ou do acaso.

A adoção desse expediente constitui, a nosso ver, providência inadiável e um método eficaz, apto, pois, a permitir o acesso do acusado aos argumentos que dão corpo a essa importante decisão que lhe ameaça tolher a liberdade.

6. Escabinato: De Imagem Propositiva à Miragem Irrealizável

Para além das críticas que podemos fazer à atual configuração jurídico-normativa do Tribunal do Júri, cumpre referir acerca da existência de uma alternativa de longo prazo, uma alternativamente ao próprio tribunal popular, a qual se costumou chamar de Escabinato, uma instituição superior ao Tribunal do Júri, constituída por juízes leigos e técnicos que atuam e decidem em colegiado.³¹

Traço característico deste novo e verdadeiramente democrático sistema de julgamento, é o fato de que ele reserva vagas no Conselho de Sentença para juízes-técnicos, cujo desiderato é, senão, o auxílio daqueles que, desprovidos de qualquer referencial teórico, percebem-se tolhidos da capacidade de compreender a dimensão e a profundidade das questões jurídicas debatidas nos autos do processo.

Efetivamente, o avanço substancial que enseja o Escabinato tende a mitigar as deletérias consequências suscitadas pela arbitrariedade das decisões fabricadas pelo Conselho de Sentença. Ocorre, entretanto, que a possibilidade de instalação desse procedimento no ordenamento processual nos é vedada pelo próprio texto constitucional.³²

Nesse sentir, a instituição do Escabinato esbarra no entrave constitucional que se erige a partir da interpretação sistemática dos arts. 5º, XXXVIII, “b”, e 60, §4º, da Constituição Federal; uma hermenêutica hermética que determina o sigilo das votações no Conselho de Sentença como garantia fundamental dos jurados.

Ora, se a Constituição Federal determina seja preservada a regra do silêncio e da construção solipsista do veredito, de que adiantaria um corpo de jurados composto por técnicos? Enquanto a tais técnicos não for dada a oportunidade de contribuir para a formação comunitária do veredito, o Escabinato persistirá sendo um sonho distante, um oásis-miragem para todos aqueles que têm sede de racionalidade.

³¹ LOPES JR. Aury. In *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. 2. p. 323.

³² Interessante notar que a presente crítica nos leva a dizer que a Constituição brasileira de 1988 não é *integralmente garantista*. Com efeito, mesmo o texto constitucional merece ser calibrado segundo a lógica e os ideais do sistema de garantias propugnado por Ferrajoli.

7. Considerações Finais:

O irreversível diagnóstico laborado pelo saber criminológico crítico, que colimou revelar uma faceta até então desconhecida do sistema penal, que não atuaria preventivamente, igualmente ou mesmo positivamente, senão repressivamente, seletivamente e de forma estigmatizante, fez nascer, no ideário daqueles que persistem entrincheirados lutando contra o avassalador punitivismo contemporâneo, a necessidade de se conceber uma hermenêutica voltada senão para a nulificação, então para a contenção dos danos perpetrados pelo próprio funcionamento do sistema penal.

Nesse passo, o Código de Processo Penal, aqui entendido como ferramenta institucional de operacionalização de uma política criminal genocida, deve ser o primeiro alvo dessa genuína e libertária vontade reformadora. Destarte, constada a potencialidade lesiva do discurso defensivista, que parece informar e legitimar, desde o ano de 1941, o próprio Tribunal do Júri, força convir em torno da necessidade de se repensar, a partir de uma principiologia garantista e constitucional, a legitimidade (democrática) das regras do processo penal brasileiro, de modo a se permitir aos seus intérpretes o trilhar de novos caminhos que permitam contornar a trampa institucional que se vê patrocinada e amparada por uma técnica de interpretação retrospectiva³³. A luta, pois, deve ser travada contra essa hermenêutica patentemente retrógrada que insiste em exaltar o processo penal como um instrumento de proteção da sociedade, mesmo que em detrimento das liberdades individuais.

Por todo o dito, acreditamos que todo aquele que reconhece e que se põe a pensar (criticamente) os sérios (e irreversíveis) danos pessoais e sociais perfectibilizados pelo girar das engrenagens da justiça criminal, deve buscar abrigo numa nova perspectiva teórica, a saber, um referencial jusfilosófico que, desacreditado das boas intenções do discurso oficial, vai organizar-se em torno de uma série de axiomas que aspiram, fundamentalmente, a tutela da liberdade dos indivíduos.

Evidenciamos, no ponto, a teoria do garantismo penal cunhada por Luigi Ferrajoli.

A par das duras críticas e da pecha de discurso “justificacionista” que lhe é atribuída, o saber garantidor, ao representar um novo signo de racionalidade em tempos onde o que impera é a sangria em matéria penal, vai informar como novo imperativo ético dos atores processuais: a defesa intransigente de um novo modelo jurídico de interpretação em matéria

³³ Segundo leciona Lopes Júnior, o grande problema encarado na atualidade pela dogmática processual penal reside justamente na relação de (in)conformidade que se estabelece entre a “*sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e aquela da Constituição*” o que nos leva a afirmar, desde já, “*que todos os dispositivos que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados*” (LOPES JR., 2011, p. 182).

penal. Num giro axial, a teoria garantista de Luigi Ferrajoli vai (re)definir (no que tange a sua finalidade) o próprio processo penal: deixa-se de lado a vetusta idéia do procedimento como mera formalidade/pressuposto para o exercício do “ius puniendi”, para reconhecê-lo como espaço de exercício e consagração dos direitos individuais daquele que se vê perseguido criminalmente pelo Estado.

Efetivamente, o manejo das proposições garantistas durante análise de parte da estrutura jurídico-normativa do Tribunal do Júri nos permite concluir que a atual sistemática adotada pelo Código de Processo Penal privilegia a formação de um espaço jurisdicional arbitrário onde o que prevalece, em detrimento da razão, é um decisionismo sem amarras.

Em suma, as nossas inferências convergem no sentido de que o rito do Tribunal do Júri brasileiro, na sua atual forma, padece de adequação constitucional, mormente no que tange a metodologia decisória empregada nas decisões prolatadas pelo conselho de sentença, que, ao hostilizar com o princípio da fundamentação, relega o seu substrato decisório (v.g. o veredito) à condição de jurisdição de exceção, ilegítima intra e extra-sistematicamente, posto que insubordinada à normatividade preconizada pela Constituição Federal.

Nesse contexto, entendemos seja impostergável vincular também o jurado aos limites predispostos ao exercício da jurisdição no Brasil.

Uma última consideração intempestiva, pois, a título de esclarecimento...

Há quem defenda, com acerto, que a vinculação do jurado às garantias constitucionais não "garante" o abrandamento do punitivismo.³⁴

Precisamente, independentemente do grau de respeito que se preste aos predicados constitucionais, a vontade de punir segue, impassível, a permear as falas e as ações dos atores incumbidos da operacionalização do aparato punitivo estatal³⁵; mitigado ou potencializado, o (con)senso punitivo está lá, submerso nos mais profundos recônditos da consciência humana ou subjacente à retórica prolixa que insiste em atribuir ao sistema penal uma função social “positiva” de defesa da sociedade, confundindo, assim, as finalidades do controle social formal num contexto político-democrático.

Nesse sentido, o que queremos deixar claro ao leitor é que o presente trabalho consubstancia franca tentativa de enumerar, através de uma reflexão nitidamente criminológica, uma série de argumentos que defendem a necessidade (e por que não a imprescindibilidade) de se estruturar, defender e consolidar uma nova perspectiva

³⁴ Cf. ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁵ CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 290 p. (Col. Criminologias: discursos para a academia). p. 241.

hermenêutica para o processo penal; uma nova dimensão interpretativa das regras processuais-penais que se seja, a um só tempo, agnóstica (é dizer, descrente das boas intenções do poder punitivo)³⁶, garantidora (no sentido de revelar a quem efetivamente deve servir a norma penal) e minimalista (relativamente a deslegitimação de ações e discursos que venham a potencializar o arbítrio estatal em detrimento das liberdades individuais).

Referências.

- ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. **Antimanual de criminologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Col. Criminologias: discursos para a academia).
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro – in Revista de Estudos Criminais, Ano 1, 2001, Nº 1*.
- COPETTI, André. **Sistema Penal & Violência**. Revista digital da faculdade de direito da PUCRS, **Porto Alegre, Vol. nº3, Número 1, p. 30-46, janeiro/junho 2011**; A incompatibilidade das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o estado democrático de direito.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal; prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio**. - 3. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.1 e 2. 2011.
- _____. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 4. ed.rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.
- ŽIŽEK, Slavoj. *A Visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008.

³⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. xxv, 267 p. p. 146-7.