



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A fundamentação das decisões dos jurados no Tribunal do Júri

Joanna Palmieri Abdallah

Rio de Janeiro
2010

JOANNA PALMIERI ABDALLAH

Fundamentação das decisões dos jurados no Tribunal do Júri

Artigo científico apresentado
à Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro
como exigência para a
obtenção do título de Pós-
Graduação.

Orientadores: Profa. Neli
Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Profa. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DOS JURADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Joanna Palmieri Abdallah

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora

Resumo: A Constituição da República de 1988, que assegura o Estado Democrático de Direito, preceitua em seu art. 93, IX, que todas as decisões dos órgãos do poder judiciário serão públicas e que serão fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. O Código de Processo Penal, em seu art. 485, prevê o sistema da íntima convicção, no qual os jurados não são obrigados a fundamentar seu voto. O presente estudo não se prende em avaliar vantagens ou desvantagens de ordem meramente prática, mas, sim, em analisar se a decisão proferida pelos jurados no Tribunal do Júri é compatível com o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, mostrando a vulnerabilidade deles ante influências exercidas pelos discursos em plenário e pela mídia.

Palavras chave: Tribunal do Júri, Sigilo Votações, Motivação Decisões, Garantismo.

Sumário: Introdução. Capítulo 1 – A instituição do Júri 1.1. Breve histórico do Júri Popular no Brasil. 1.2. Do Direito Comparado. 1.3 A discriminação do Júri no Brasil. Capítulo 2 – Princípio da motivação das decisões judiciais: 2.1. O dever de fundamentar a decisão. 2.2. Da Democracia Garantista e da necessidade de julgamentos motivados. Capítulo 3 – A influência do discurso e da mídia nas decisões dos jurados. 3.1. Os discursos no Tribunal do Júri. 3.2. O Direito Penal do autor versus o Direito Penal do fato no Júri. 3.3. A influência da mídia. Capítulo 4 – Voto médio. 4.1. Breve análise no âmbito do Processo Civil. 4.2. Voto médio como técnica de decisão dos órgãos colegiados. Capítulo 5 – Da colisão de princípios - sigilo das votações X motivação das decisões. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, que assegura o Estado Democrático de Direito, preceitua em seu art. 93, IX, que todas as decisões dos órgãos do poder judiciário serão públicas e que serão fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

O Tribunal do Júri, implantado no ordenamento jurídico brasileiro no período ditatorial, sobre a égide da Constituição de 1937, traz em si marcas desse período. O Código de Processo Penal, em seu art. 485, prevê o sistema da íntima convicção, no qual os jurados não são obrigados a fundamentar seu voto.

A discussão sobre a fundamentação das decisões é ampla, baseando-se no preceito constitucional citado e em uma filtragem constitucional das normas processuais à luz do advento da Carta Magna de 1988.

O tema escolhido, a necessidade de fundamentação das decisões dos jurados no Tribunal do Júri: uma análise à luz do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, traduz a importância de se avaliar o procedimento adotado em plenário, na resposta dada aos quesitos pelos jurados.

Este trabalho tem como finalidade defender a instituição do Tribunal do Júri brasileiro, analisando sua condição histórica, seus princípios e o seu significado na sociedade. Será feita uma abordagem crítica do atual sistema, confrontando-o com os postulados fundamentais do júri, constatando disparidades e propondo mudanças.

Inicialmente, o presente estudo fará uma abordagem histórica do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, analisando os modelos adotados em outros países e enfocando a discriminação que o Júri sofre no Brasil.

Em seguida, será analisado o princípio constitucional expresso no marco teórico, da motivação das decisões judiciais, enfocando o dever de se fundamentar as decisões, passando por uma abordagem da democracia garantista e da conseqüente necessidade de julgamentos motivados.

O terceiro capítulo tratará das influências que sofrem os jurados em suas decisões, analisando os discursos dos tribunais, o chamado direito penal do autor *versus* o direito penal do fato no júri, e, principalmente, a influência que a mídia exerce.

No quarto capítulo, será feita uma sucinta descrição do chamado voto médio utilizado nos tribunais superiores, que poderia servir de modelo para o Júri.

Finalizará este artigo uma abordagem do princípio do sigilo das votações em confronto com o princípio constitucional da motivação das decisões.

O Júri, instituto democrático que é, visa justamente a propiciar que a sociedade, através de uma análise sensível de um crime doloso contra a vida, possa expressar a moralidade social por meio da mais legítima sociabilidade do convencimento, termo utilizado pelo doutrinador italiano Nicola Framarino Dei Malatesta (1911) que estabeleceu tal princípio, qual seja, a decisão dos próprios pares.

O presente estudo não se prende em avaliar vantagens ou desvantagens de ordem meramente prática, mas, sim, em analisar se a decisão proferida pelos jurados no Tribunal do Júri é compatível com o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, mostrando a vulnerabilidade deles ante influências exercidas pelos discursos em plenário e pela mídia.

1 – A INSTITUIÇÃO DO JÚRI.

1.1. Breve histórico do Júri Popular no Brasil.

O Tribunal do Júri foi disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez em 18 de junho de 1822, com competência limitada ao julgamento dos crimes de imprensa, tendo como origem o Direito francês.

Por ter surgido nessa época, o caráter de representatividade desse Tribunal começou a ser questionado, pois em período de escravidão somente os cidadãos que podiam ser eleitos podiam ser jurados, ou seja, a classe dominante.

Com a Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, passou a integrar o Poder Judiciário como um de seus órgãos, tendo sua competência ampliada para julgar causas cíveis e criminais. Alguns anos depois, foi disciplinado pelo Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, o qual lhe conferiu ampla competência, só restringida em 1842, com a entrada em vigor da Lei número 261.

A Constituição de 1891 manteve o Tribunal do Júri como instituição soberana. A Constituição de 1937 silenciou a respeito do instituto, o que permitiu, ao Decreto n. 167, de 05 de janeiro de 1938, suprimir essa soberania, permitindo aos tribunais de apelação a reforma de seus julgamentos pelo mérito.

A Constituição da República democrática de 1946 restabeleceu a soberania do Júri, prevendo-o entre os direitos e garantias constitucionais. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 também manteve o Júri no capítulo dos direitos e garantias individuais, e a Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, manteve a instituição no mesmo capítulo, mas restrita ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o que fez reaparecer a discussão sobre sua relevância na sociedade.

Na atual Carta Magna, é reconhecida a instituição do Tribunal do Júri com a organização que lhe der a lei, assegurados como princípios básicos: a plenitude do direito de defesa, o sigilo nas votações, a soberania dos veredictos e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Na Constituição atual o Júri encontra-se disciplinado no art. 5º, XXXVIII, inserido no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, sendo uma garantia constitucional da própria soberania popular.

Sua finalidade é a de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, em lugar de juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares.

Como direito e garantia individual, não pode ser suprimido nem por emenda constitucional, visto que verdadeira cláusula pétrea, núcleo constitucional intangível. Tudo por força da limitação material contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

O *quorum* para deliberação do julgamento é de maioria simples, o que gera críticas por enfraquecer o real interesse social, fazendo com que a sentença não seja verdadeira expressão democrática, como seria no caso de maioria absoluta, por exemplo.

Os jurados que o integram representam a sociedade da qual fazem parte, decidindo em nome dela, sendo uma expressão eminentemente democrática, pois os pares decidem de forma independente e justa.

1.2. Do Direito Comparado.

O funcionamento arquetipo do Júri surgiu na era clássica, mas o instituto somente se consolidou como figura jurídica a partir da Magna Carta Inglesa, que serviu de modelo para o mundo. Sem dúvidas, o fato de ter tido um berço inglês fez com que a instituição tenha mais prestígio nos países do *Common Law*, principalmente nos Estados Unidos.

A idéia de formação do Júri com 12 jurados surgiu na Inglaterra, onde ainda é tido como figura central, apesar de ser restringido ao julgamento de menos de cinco por cento dos casos criminais. Ficam sujeitos apenas os crimes de homicídios, o de estupro e, ainda, aqueles considerados graves.

O veredicto na Inglaterra não é condicionado à unanimidade. Admite-se a maioria de 10 x 2 ou 11 x 1, pelo menos. Caso o corpo de jurados não chegue a um acordo, unânime ou por maioria, o juiz poderá desonerá-los da função.

Nos Estados Unidos, o julgamento de todos os crimes é feito pelo Júri e são processados no estado em que os crimes são cometidos. Com a 6ª Emenda Constitucional americana, ficou estabelecido que em todos os processos criminais, o acusado terá direito a ser julgado por um júri imparcial do local onde o crime foi cometido. A jurisprudência consolidou a idéia de funcionamento com doze jurados e um juiz presidente.

Observa-se nos EUA a ocorrência de dois tribunais do Júri: o *grand jury* e o *petit jury*. O primeiro corresponde ao juízo de pronúncia brasileiro e trata-se apenas de critério de admissibilidade para o julgamento no júri propriamente dito. O segundo é o órgão que irá julgar efetivamente o réu, avaliando a responsabilidade e as circunstâncias do crime.

Nas Cortes Federais, o réu tem faculdade de abrir mão do direito ao julgamento pelo Júri. Para isto, é necessário que tenha sido aconselhado pelo seu advogado e que haja a concordância da promotoria e do juiz. Nos Tribunais de Júri Estaduais também existe essa possibilidade, mas com diferentes restrições que variam em cada estado.

O Júri americano é uma verdadeira garantia fundamental do cidadão previsto pela Constituição Federal. Os juízes e promotores são eleitos ou nomeados pelo Poder Executivo, não existe concurso público de admissão, o que privilegia a participação do cidadão leigo na administração da justiça e reflete o caráter democrático do juiz, sendo uma consubstanciação da soberania do povo com expressão judiciária.

Na Constituição brasileira, existe uma maior garantia do Júri do que nos EUA, uma vez que é irrenunciável o direito de ser julgado por um Júri popular.

Com relação ao modelo francês, sua introdução foi feita a partir da Revolução Francesa e visou a retirar da magistratura o poder de julgar, repassando-o para o povo. Isto porque a esfera jurídica no antigo regime era completamente tomada pelo autoritarismo do Império, necessitando mudar o poder de julgar.

Após várias modificações, o Júri francês firmou-se como escabinato, ou seja, 3 magistrados e 9 jurados. Nesse sistema, denominado *Cour d' Assises*, cada magistrado e cada

jurado respondem a cada questão, secretamente, na forma sim ou não, entregando o voto ao presidente.

A *Cour d' Assises* também delibera sobre a pena a ser aplicada ao acusado, necessitando para a aplicação da pena máxima o mínimo de oito votos. Não obtido o número mínimo de votos, a pena fica limitada a 30 anos. Em geral, a decisão para aplicar uma pena está vinculada ao *quorum* de maioria absoluta.

Não alcançado o *quorum* de maioria absoluta, será descartada a pena a que se chegou e será aberto outro escrutínio, sucessivamente, até que se chegue a este quorum. Mostra-se, assim, muito clara a conotação democrática da instituição do Júri no modelo francês.

1.3 A discriminação do Júri no Brasil.

Desde sua criação, o Júri causou polêmica no que tange à sua representatividade e, principalmente, quanto à capacidade dos jurados para decidir questões consideradas pelos juristas como de alta capacidade técnica, que os juízes de fato ou leigos não tinham capacidade de obter.

A discussão sobre a justiça dos veredictos emanados dos julgamentos do Tribunal do Júri desponta, principalmente, quando é julgado um crime que tenha repercussão social.

Não faltam críticos e censores ao júri, alguns por ignorância, outros por interesse ou má-fé, e muitos mal informados sobre os critérios orientadores das decisões dos jurados e os mecanismos de funcionamento da instituição, ou por um conhecimento incompleto do fato, de seus antecedentes, de sua motivação, de suas circunstâncias, de seus protagonistas. Isto se observa, em especial, nos processos em que há larga publicidade de seu andamento e dos incidentes que mais podem provocar a excitação da opinião pública. Se o crime teve, direta ou indiretamente, uma conotação política, se foi cometido em desafronta subtânea e aparentemente excessiva a brios morais ofendidos e, sobretudo, se teve origem ou motivo

essencial em uma paixão amorosa, logo se formam correntes de opinião, influenciadas e conduzidas pelos noticiários.

A discriminação do Júri, e, por consequência, dos jurados, tem uma relação muito íntima com o que se pode chamar de cientificismo, ou seja, usar a ciência ou colocar algo como científico para dar *status* de verdadeiro e digno. O julgamento proferido pelos jurados não teria esse status de pureza, de cientificidade. Afinal, os jurados, sendo leigos, julgam segundo seu senso comum, sendo influenciados pela retórica simples.

Percebe-se, assim, como a ciência, detentora do discurso da verdade, passa a ter a função de legitimar, ideologicamente, o judiciário togado, classificando o Júri como um tribunal que profere decisões que não sejam científicas.

2 – PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

2.1. O dever de fundamentar a decisão.

Segundo o art. 381, III, do Código de Processo Penal, a sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. Já o art. 93, IX, da Constituição Federal, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

É pela motivação que se aprecia se o juiz julgou com conhecimento de causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, tendo em vista que interessa à sociedade e, em particular, às partes, saber se a decisão foi acertada ou não. E, somente com a exigência da motivação, da fundamentação, se permitiria à sociedade e às partes a fiscalização da atividade intelectual do julgador no caso decidido.

Até o final do século XVII, era comum o juiz sentenciar sem fundamentar sua decisão. A obrigatoriedade da motivação dos atos judiciais tornou-se efetiva apenas em 1774,

com Fernando IV, na Pragmática, sendo orientação ao art. 3º da *Ordennance Criminelle*, de Luis XVI, em 1788, das leis revolucionárias de 1790 e da Constituição francesa de 1795. Se durante o século XIX o princípio foi inserido como postulado básico nos processos de codificação, no século XX, adquiriu *status* constitucional.

Segundo Portanova (2001), trata-se, portanto, de uma imposição do princípio do devido processo legal em que se busca a exteriorização das razões de decidir, a interpretação da lei e dos fatos da causa, visto que, do ponto de vista mais jurídico, a motivação permite aferir a vinculação do juiz à prova .

Assim, é na forma de argumento que a prova aparece na fundamentação da sentença, quando o juiz procura justificar sua decisão perante as partes, os tribunais e a comunidade jurídica.

Conforme Lauria Tucci e Cruz Tucci (1999), o escopo imediato da motivação da sentença é demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo do que às partes, a '*ratio scripta*' que legitima seu ato decisório.

A obrigatoriedade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais deve ser entendida como uma das garantias do cidadão inerentes ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

Para Ferrajoli (2002), o valor fundamental do princípio se expressa por sua natureza cognitiva e não potestativa, antigarantista, vinculando a decisão na esfera jurídica à estrita legalidade e, na esfera fática, à prova das hipóteses acusatórias. A motivação permite a fundamentação e o controle das decisões tanto em direito, pela violação da lei ou defeitos de interpretação ou de subsunção, como em fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexo entre convicção e provas.

Por esta razão, se afirma que a fundamentação deve cumprir determinados requisitos, materiais e processuais. Um deles é o da motivação fática e legal do juízo de condenação ou absolvição, em que a correspondência dos argumentos da sentença com a lei e o material

probatório colhido em processo público e contraditório é garantia formal de controle do arbítrio judicial.

Privilegiando a fundamentação, e em razão da necessidade de regradar o cálculo da pena, com a reforma de 1984, o Código Penal adotou um modelo criterioso no art. 68, que estabelece o método trifásico para fixação da pena.

Todavia, junto à forma, o conteúdo dos argumentos também deve ser predeterminado, fundamentalmente pela opção do Direito Penal da modernidade em instituir o direito penal do fato, excluindo valorações de cunho eminentemente morais.

O controle do que pode ou não ser objeto de valoração é imprescindível, pois a subjetivação das hipóteses pode gerar uma verdadeira perversão do processo, tornando-o inquisitivo, dirigido não mais à comprovação de fatos objetivos, mas para a análise do acusado, o que degradaria a verdade processual.

O princípio constitucional do art. 93, IX, da Constituição não traça uma regra de caráter meramente procedimental, e a falta de fundamentação, formal ou substancial, das decisões jurisdicionais acarreta sua nulidade.

2.2. Da Democracia Garantista e da necessidade de julgamentos motivados.

A estrutura atual do modelo do Júri brasileiro fere alguns postulados fundamentais da Carta Magna, além de suplantar uma das máximas da processualística, qual seja, a ampla defesa. Há um comprometimento deste princípio constitucional basilar do processo moderno que pode ser verificado na ausência de fundamentação das decisões dos jurados.

O próprio sistema de apreciação de provas prevê no princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento, que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém, dentro de critérios racionais que devem ser explicitados. Ele é acolhido no direito pátrio no âmbito

penal, no art. 155, do CPP, que diz que o julgador formará sua convicção pela livre apreciação das provas.

No sistema do devido processo legal, o termo persuasão racional significa convencimento formado com liberdade internacional, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.

No Júri, os jurados não são vinculados às provas, podendo desconsiderar todas e julgar com base no seu convencimento, motivados apenas por razões meta jurídicas, já que este princípio se refere, em tese, a juízes togados e não aos de fato, não tendo, inclusive, de dizer o porquê de suas decisões. Assim, o réu fica impedido de saber as razões de sua condenação, ou absolvição, e exercer seu direito de defesa.

O apego indiscriminado às formalidades do processo pode levar, muitas vezes, à inobservância de garantias fundamentais e gerar uma divergência entre a normatividade constitucional e a efetividade dessas garantias.

No entendimento de Ferrajoli (2002), se trata de um entendimento garantista que, prevendo um processo penal eminentemente protetivo, preconiza a uniformidade entre as garantias constitucionais e as estatais. Assim, seria obtida a efetividade de um estado Democrático de Direito garantista e protetor.

É necessário romper com o formalismo para que seja obtida a efetividade dessas garantias e enxergar o processo como um instrumento para efetivação dos direitos, e, não, como um fim em si mesmo. Mezzomo (2003) salienta que para se alcançar a efetividade da tutela, o processo e a jurisdição devem ser vistos sob a ótica dos consumidores do direito, ou seja, da sociedade a quem é dirigida.

A tendência mais moderna da processualística preconiza que a legitimidade do processo frente à ordem constitucional e aos princípios consagrados no Direito Processual

torna imprescindível que se forneça ao réu pleno conhecimento do processo que se lhe move, garantindo plena defesa técnica.

Na fundamentação da sentença é que se pode avaliar se esta representa o reflexo do conteúdo do processo. De nada adianta garantir-se a participação ativa do réu e uma defesa técnica altamente competente, cujo resultado, baseado em um substrato probatório sólido e conclusivo, indique uma absolvição, se os jurados não estão obrigados a se aterem aos autos e à lógica.

Verifica-se, outrossim, que a ausência de motivação na conclusão das respostas dos quesitos do Tribunal do Júri, no que diz respeito a condenar ou absolver o réu, reduz a defesa deste a nada, tornando o inciso XXXVIII, alínea *a*, do art. 5º da CR, dispositivo inócuo, fragilizando o próprio sistema penal.

A instituição do Júri é um dos reflexos mais vivos no Brasil da forma de governo democrática e garantista. O direito dado aos cidadãos de julgar seus pares naqueles crimes que invocam uma grande reprovação social, na verdade, é um poder de decidir, soberanamente, sobre a viabilidade de se aceitar ou não um réu ao corpo social, com fundamento na reprovabilidade de sua conduta.

Imperioso, assim, que tal instituição seja preservada, alterando ou substituindo dispositivos que ferem a própria ordem garantista. O Júri não pode ser abolido, reflexo que é da democracia garantista e secularizada, contudo, é fundamental o respeito à ampla defesa através da motivação das decisões dos jurados.

3 – A INFLUÊNCIA DO DISCURSO E DA MÍDIA NAS DECISÕES DOS JURADOS.

3.1. Os discursos no Tribunal do Júri.

O ritual do júri tem seu momento maior nos debates entre acusação e defesa, durante o qual a sorte do acusado será decidida. Os mais variados tipos de discursos e recursos retóricos são utilizados no plenário. Existem tantas formas e maneiras de atuação quanto são os protagonistas do espetáculo.

Há julgamentos, como o que condenou o José Rainha, líder do Movimento dos Sem Terra (MST), a 26 anos de prisão, em que um dos advogados, assistente da acusação, chegou a se ajoelhar e chorar.

Identifica-se dois tipos de recursos de que se valem os debatedores em plenário, os quais, mesmo separáveis, são apresentados conjuntamente, na maioria das vezes. O primeiro é o discurso como manifestação oral persuasiva, utilização da retórica, da contundência ordinária, do apelo emocional, dentre outros. O segundo é a interpretação cênica, teatral, irreverente, gesticular. Para ele, os réus são uma minoria, fracos ante seus pares, o que leva os debatedores a explorar ao máximo seus discursos.

Ocorre que todas as argumentações e contra-argumentos desenvolvidos pelos que debatem acabam, muita das vezes, por obscurecer o fato de que eles possuem um terreno comum em suas discussões, que se define não apenas por regras legais, mas, também, por normas sociais que eles mesmos reforçam. Assim, tanto o promotor de justiça quanto o advogado de defesa usam discursos semelhantes, diferenciados somente no que tange à caracterização do réu e da vítima.

Os discursos no processo do júri produzem, desse modo, uma mediação que (re)adequa, amolda, a dimensão dos acontecimentos. O filtro de uma linguagem formalizada transforma e reduz as chances do réu a apenas duas interpretações, ambas, provenientes de um terreno comum e que serão, ainda, reduzidas na decisão. Esta será a escolha da apresentação mais coerente com o modelo que os julgadores visualizam para a sociedade em que vivem e um atestado de aprovação dos procedimentos escolhidos por essa mesma sociedade.

3.2. O Direito Penal do autor *versus* o Direito Penal do fato no Júri.

No âmbito da dogmática jurídica, criou-se uma distinção informal entre o chamado direito penal do autor, ou da vontade, e direito penal do fato. De acordo com o primeiro, defende-se, acusa-se e julga-se o indivíduo não pelo fato criminoso que cometeu, mas pelo que ele representa, de forma efetiva, no seio da sociedade na qual está inserido. Ou seja, é o papel social do acusado que definirá a maneira como será tratado, julgado.

Nos julgamentos do Tribunal do Júri, mostra-se clara a prevalência das teses do Direito Penal do autor, uma vez que o Direito Penal brasileiro é inserido em uma sociedade altamente desigual, em que se o indivíduo tiver bons antecedentes, for bom pai de família, trabalhador, enfim, se enquadrar segundo os padrões de normalidade estabelecidos pela sociedade dominante, terá maiores possibilidades de ser absolvido do que outro considerado desviante.

Tenta-se enquadrar homens e mulheres dentro de regras idealizadas, para, assim, comprovar sua maior ou menor adesão a elas. Dessa operação é que depende a condenação ou absolvição dos acusados ante o júri. Nota-se, dessa forma, que a punição é da conduta social do acusado e da vítima, e não do crime cometido.

Outro fator que vem ao encontro a tal assertiva advém das manchetes divulgadas pela imprensa, que acabam por fazer um pré-julgamento dos envolvidos, já pré estabelecendo sua adequação, ou não, aos padrões da normalidade daquela sociedade.

Não se pode perder de vista a lição de Ferrajoli (2002), para quem delinquente não é aquela pessoa que, segundo as circunstâncias, opiniões ou contingentes relações de força, pode ser etiquetada como imoral, perigosa, infiel ou inimiga, mas a que é identificada como responsável por um delito.

Nesse contexto, os operadores do direito, principalmente no Júri, ao utilizarem-se da retórica do direito penal do autor, além de escamotear o direito penal do fato, acabam por, implicitamente, corroborar com a desigualdade social.

Assim, levando-se em conta a circunstância de os acusados serem em sua maioria provenientes das camadas mais pobres da sociedade, pode-se concluir que, quando levados a julgamento frente a um corpo de jurados formado basicamente pelas camadas mais altas, estarão em face de uma verdadeira luta de classes, que acaba por ser escamoteada no plenário de julgamento pelos discursos.

3.3. A influência da mídia.

Atualmente, uma importante característica se assinala não somente no sistema penal brasileiro, mas nos dos demais países que derivam do capitalismo tardio, é sua especial vinculação com a mídia. A contaminação do ambiente forense, imperceptível para muitos leigos, acarreta uma verdadeira legitimação do sistema penal pela imprensa.

Historicamente, esta legitimação se comprova pela defesa do poder punitivo exercido pela burguesia, ao fortalecer teorias como a do positivismo criminológico, que buscava impingir aos infratores uma inferioridade biológica, que decorreria de sua natureza, como os operários e anarquistas.

Nos dias atuais, se nota claramente pelo enfoque que dispensam às guardas municipais contra camelôs e flanelinhas, ou pela complacência com as mortes acidentais nas violentas incursões policiais pelas favelas.

O compromisso da imprensa, de propriedade de grandes grupos econômicos, com o movimento neoliberal é a chave da compreensão da vinculação entre a mídia e o sistema penal, o que torna essa legitimação incondicional.

Como consequência, há constante fortalecimento e propagação de algumas crenças e silêncio proposital sobre informações que as desmintam, fundamentada na própria idéia de pena, encarando-a como rito sagrado de solução de conflitos, mesmo que descabida de legitimidade.

O prestígio da equação se houve delito tem que se aplicar pena, gera consequências graves. A primeira é que se conduz a certos hábitos mentais, tais como se a desgraça sobreveio, é certo que houve infração. Basta uma simples passada de olhos pelas manchetes dos jornais do Brasil para que se verifique tal fato, como em dezembro de 2001, quando ocorreram fortes temporais no estado do Rio de Janeiro, com um saldo trágico de dezenas de mortos, vindo estampadas nas primeiras páginas “Ministério Público busca responsáveis pelas mortes” O Globo (28/12/2001) p. 11. Imprime-se, assim, a idéia na sociedade de que se houve mortes, é certo que houve homicídio.

A segunda consequência reside no incômodo e tensão, segundo enfoque da mídia, gerado pelos procedimentos legais para atestar a ocorrência e autoria do delito e responsabilizar penalmente o infrator. Princípios processuais penais como o estado de inocência, devido processo legal, plenitude de defesa e outras garantias do estado democrático de direito, acabam sendo flexibilizados por juízes e promotores devido à forte pressão que sofrem em compatibilizar, no curso do processo e na sentença, a opinião pública com as normas jurídicas.

Não raro o jornalismo abandona sua função de narrativa fidedigna e passa a investigar ou promover reconstruções dramatizadas dos casos, o que gera alcance e repercussão muito superiores à reconstrução processual, caracterizando verdadeiros juízes paralelos.

Em se tratando do Tribunal do Júri, tal influência é facilmente notada, levando-se em conta a grande publicidade de certos julgamentos e o grau mínimo de conhecimento jurídico dos jurados, o que os leva a serem alvos fáceis das opiniões da imprensa.

Prova irrefutável se encontra nos casos de foragidos cujos crimes são exibidos em programas na televisão, na maioria das vezes sem a menor preocupação com a apuração processual da verdade dos fatos, que traduzem um julgamento do acusado pela opinião pública, sem direito de defesa, e que na maioria das vezes será referendado pelos jurados.

A questão criminal na mídia está muito distante da mera suposição, ainda que não totalmente errônea, de que o sangue sempre aumenta as vendas. Seu discurso visa a ser um instrumento de análise dos conflitos sociais e das instituições públicas, com fundamento numa ética simplista e numa história ficcional, causando a impressão na população de ser o politicamente correto.

Enunciados secundários como “a impunidade aumenta o número de crimes”, “nas drogas é como uma escada, passa-se das mais leves para as mais pesadas”, “penas mais leves dissuadem”, não alcançam constatação empírica, por serem indemonstráveis. Necessitam, então, de um respaldo científico, selecionando os especialistas segundo suas opiniões coincidam ou dissintam daquelas crenças, sendo estas meras complementações da notícia.

Uma observação puramente quantitativa de alguns noticiários revela a importância estratégica da criminalização das relações sociais: mais da metade da edição sobre o país é criminal ou judicial.

Outro ponto que é importante de ser analisado é o da multiplicação de programas chamados pelas emissoras de variedades, que adotam cada vez mais formas judiciais. Exemplos não faltam como a “vara de família” do “Programa do Ratinho” (2005), exibido pela emissora SBT, em que são freqüentes exames de DNA; e do “tribunal do júri” do programa “Linha Direta” (1999), da Rede Globo, no qual a presunção de inocência e o direito a um julgamento justo eram simplesmente desprezados no caso de réus ainda não sentenciados.

O Brasil encontra-se fora do modelo convencional do *trial by media*, onde não mais se influencia um tribunal, mas realiza-se diretamente o próprio julgamento. O que dizer de

casos como o da estudante que matou os pais junto com o namorado e o irmão deste, que ao ter sua liberdade provisória concedida de acordo com as regras do sistema penal, causou enorme apelo público, tendo grande divulgação pela mídia, que tratou a decisão da Justiça como um ato inadmissível, errôneo, atentatório à moral e à sociedade, quando na verdade se tratava de um direito legalmente garantido da ré. Ou dos efeitos que produzem no próprio julgamento que será feito pelo júri de uma cidade de interior.

4 – VOTO MÉDIO.

4.1. Breve análise no âmbito do Processo Civil.

O termo voto médio é utilizado no Processo Civil, ao tratar da parte referente aos recursos, especificamente, os embargos infringentes. Este tipo recursal é cabível contra acórdãos não unânimes proferidos no julgamento de apelação e ação rescisória. Sempre que houver dissenso ensejador de embargabilidade apurado na conclusão do acórdão, não fazendo a lei qualquer exigência no sentido de que divergência conste em declaração de voto vencido, ele é a medida cabível.

A sentença pode possuir vários pontos, se ela apreciar um pedido e um único juiz diverge, na totalidade, os embargos terão completa amplitude. Se, porém, a sentença for dividida em capítulos, entendidos estes como os pedidos que podem ter sido acumulados no processo, o voto vencido haverá de ser confrontado considerando cada ponto dela, possibilitando a verificação da desconformidade do voto vencido e seu respectivo alcance. Isto porque, havendo mais de um capítulo na sentença, o voto divergente pode ser total quanto a alguns capítulos e parcial quanto a outros.

Tema de grande complexidade pode ocorrer no caso dos votos do tribunal serem totalmente dispersos, não se obtendo maioria no julgamento, dificultando-se a averiguação da divergência.

Por exemplo, em uma ação de cobrança, o autor pede 100, o juiz monocrático concede 100 e o tribunal decide da seguinte forma: 1º juiz 80; 2º juiz: 50; 3º juiz: 30. Não há, assim, unanimidade e, tampouco, maioria. Nesse caso é que surge a dúvida de como interpor os embargos infringentes.

No Brasil, não há uma diretriz uniforme para situações como esta, ficando a questão afeta à Lei de Organização Judiciária e aos Regimentos Internos dos Tribunais.

O processualista Barbosa Moreira (1985) propõe o critério de dividir-se a divergência em quantitativa e qualitativa. Quanto à primeira, há duas orientações: o sistema da continência, que consiste na verificação de qual das quantidades fixadas nos diferentes votos se acha contida no menor número de pronunciamentos suficientes para compor a maioria; e o cálculo da média aritmética.

Quanto à qualitativa, que é a que interessa a este trabalho, assinala o autor que uma das orientações é a de que o juiz aderir a uma das duas correntes mais numerosas, a fim de que uma delas se torne a corrente majoritária. Pode, ainda, haver a convocação de outros juízes para que seja possível o desempate e, por último, a realização de novas votações, até que só restem duas soluções, em que será adotada a que tiver maior número de votos.

Segundo explicação do ex-presidente do STF, ministro Nelson Jobim, em reportagem ao Jornal do Brasil, de 25/11/2005, o "voto médio" é aquele que mais beneficia o acusado quando uma liminar em mandado de segurança ou habeas corpus é concedida, em parte, mas em pontos diferentes. O mais importante é que a liminar tenha sido "deferida". Só então, o colegiado decide qual a linha que mais favorece o processado.

4.2. Voto médio como técnica de decisão dos órgãos colegiados.

O voto médio é uma das técnicas de decisão utilizadas por órgãos colegiados, cujo fim maior é cumprir com a própria função jurisdicional, qual seja, proferir julgamento/decisão final sobre questão controvertida posta em juízo.

Tratando-se de órgão colegiado, certo é, que diversas correntes de pensamento podem se manifestar quando da elaboração da decisão. A unanimidade nesta situação não passa de exceção adstrita a questões jurídicas de menor complexidade. A ficção da vontade única, materializada na decisão final, ou acórdão, no caso, decorre da aplicação de técnicas previamente definidas.

Em determinadas situações, a unanimidade, dificilmente alcançada, a maioria absoluta ou a maioria relativa podem não se fazer presentes em julgamento colegiado, pelo menos em primeira análise.

Nestas situações, em que, aparentemente, cada um dos componentes do órgão julgador manifesta sua própria opinião, interpretando os fatos e aplicando o direito à sua própria forma, surge a opção de aplicação do critério do voto médio, visto que ao julgador, individual ou coletivo, não é conferido o beneplácito da omissão. Deve julgar, sob pena de não cumprimento da função jurisdicional.

Assim, motivado de um lado pelo que se pode comparar a uma espécie de estado de necessidade jurisdicional, obrigação de proferir decisão sobre a causa, deve o julgador convergir as diversas opiniões conflitantes ou apenas diversas, dos diversos julgadores, em apenas uma, que refletirá a decisão do colegiado.

O caminho encontrado para isso é o utilizado “voto médio”, que em termos amplos, extrai a essência comum do julgado, afastando as opiniões exacerbadas, sejam mínimas ou máximas, em prol da opinião média, num exercício de ficção consensual.

Tal raciocínio, aceito e utilizado nos julgamentos colegiados nos Tribunais brasileiros, poderia ser transplantado para o Júri, constituindo-se em forma de conformar as opiniões díspares dos jurados, uma vez afastados os óbices à fundamentação pelos mesmos.

Se é certo que o critério do voto médio não seria a única solução possível, no sentido de realizar na prática a necessidade de fundamentação das decisões dos jurados, o que se pretende demonstrar aqui é a existência de formas aptas a ensejar a aplicação prática do que aqui se defende, necessidade de fundamentação das decisões no Júri, afastado-se da retórica dogmática sem confluência com a realidade.

Apenas dessa forma, com a superação de obstáculos transponíveis, é que, efetivamente, assegurar-se-á no ordenamento jurídico brasileiro a realização ampla dos princípios garantistas e do Estado Democrático de Direito.

5 – DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS- SIGILO DAS VOTAÇÕES X MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES.

O sigilo nas votações é o princípio informador específico do Júri, a ele não se aplicando o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, que trata do princípio da publicidade das decisões do Poder Judiciário e visa a impedir o conhecimento da fonte de cada voto por pessoas estranhas à sala secreta. Trata-se de uma garantia tendente a proteger a integridade dos jurados, pois nenhuma pessoa alheia à câmara saberá de quem foram os votos prós ou contra a condenação.

O grande empecilho encontrado para que se autorize a fundamentação das decisões está na garantia do sigilo das votações. Para se obter as mudanças almejadas, seria fundamental que este sigilo fosse flexibilizado.

A solução mais acertada seria aquela que buscasse resguardar o próprio texto constitucional. É fundamental que antes de se propor alterações nas normas constitucionais, fossem esgotadas todas as outras possibilidades.

A motivação, antes entendida como garantia processual, como mecanismo de controle da legalidade da decisão, agora é entendida como garantia de ordem política, da própria jurisdição.

O Tribunal do Júri é um órgão jurisdicional colegiado de primeiro grau, cujos atos integram os atos judiciais subjetivamente complexos, ou seja, aqueles que emanam de dois ou mais órgãos e, portanto, devem estar submetidos ao mandamento constitucional da fundamentação de suas decisões judiciais.

A breve motivação dada pelos jurados em seu voto, não se limitando a dizer sim ou não, não pode ser vista como uma afronta às cláusulas pétreas, pois o sigilo que resguarda a garantia constitucional ainda seria mantido, pois a sala continuaria sendo secreta.

Conforme ensinamento de Streck (2001), as garantias realmente essenciais e que, por isso, têm legitimados seu caráter pétreo, em verdade, são a existência da instituição do júri, a soberania dos veredictos e o próprio sigilo mantido na estrutura secreta da câmara.

A motivação das decisões do júri se faz ainda mais necessária ante a constatação de que os jurados, influenciados pela retórica dos discursos e pela mídia, acabam julgando contra, ou esquecendo, as provas, levando ao exacrado direito penal do autor.

Os discursos produzidos em plenário e a força das informações emitidas pela mídia acabam por (re) amoldar a dimensão dos acontecimentos, o que deixa o réu em uma situação, na maioria das vezes, desfavorável.

Na estrutura atual, percebe-se uma colisão entre a necessidade de fundamentação, albergada pelo princípio da ampla defesa e entre o sigilo das votações. Não obstante, pela linha de raciocínio traçada, não há afronta a garantia preconizada pelo sigilo, sendo possível

uma modificação deste para salvaguardar a ampla defesa, que está ameaçada pelo sistema em vigor.

A motivação que se propõe não ficaria prejudicada pela falta de qualificação técnica, pois isto não impede que os jurados profiram um julgamento coerente. Ademais, o que pretende o instituto do júri não é uma aplicação técnica pelos jurados, mas um julgamento conforme a reprovabilidade social da conduta, justamente porque será a sociedade que terá de arcar com o ônus de ter um criminoso em seu seio.

CONCLUSÃO

A institucionalização do Tribunal do Júri dentro do ordenamento jurídico brasileiro já demonstra um grande avanço político e social. As fontes em que foi buscado, em verdade, sinalizam com muita propriedade o seu real significado e, principalmente, as condições para que seja um instrumento eficaz, tendo em vista o seu objetivo original.

A Constituição Federal de 1988 introduziu-o de uma forma garantista, demonstrando uma perspectiva em conformidade com um governo democrático de direito. Apesar disso, ainda existem alguns entraves que impedem a sua atividade de forma realmente democrática e garantista.

A polêmica acerca da manutenção ou extinção do júri vem de longos anos. Seguidamente volta à baila, mormente quando algum julgamento está sendo realizado ou quando o resultado do julgamento popular causa perplexidade nos meios políticos e jornalísticos.

Argumentos a favor e contra o júri serão encontrados nos mais variados setores da dogmática jurídica e dos juristas engajados nas diversas teorias críticas do Direito. O que deve ficar claro é que tudo o que foi dito neste trabalho parte da premissa de que a instituição do

júri pode ser um caminho para a concretização da participação popular nos mecanismos de aplicação da lei.

É necessário respeitá-lo e aperfeiçoá-lo, e não mutilá-lo. Em face de o Júri constituir uma garantia do cidadão, incluído como cláusula pétrea no capítulo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição brasileira, sua extinção está fora de cogitação.

De todo modo, essa discussão não teria sentido sem a necessária crítica ao Tribunal do Júri em seus aspectos ideológicos/políticos e da urgente necessidade da alteração nos seus aspectos formais-estruturais.

Nesse sentido, ressalto o que Streck (2001) define como o “calcanhar de Aquiles” do Tribunal do Júri, no confronto com o garantismo jurídico, que é o fato de o jurado decidir por íntima convicção, conflitando com o modelo de Estado Democrático de Direito.

A operacionalização dessa regra constitucional dentro processo é medida necessária, sendo um direito dos cidadãos, uma vez que estes devem saber as razões, a fundamentação que motivou o julgador a condenar ou absolver um de seus membros.

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 escabinato francês ou o português ou até mesmo uma adaptação das fórmulas tradicionais do júri americano ou inglês, onde os jurados discutem entre si buscando um consenso.

A Carta Magna estabelece a vedação de emendas tendentes a abolir garantias. Ora, o que não pode ser extinto é o Tribunal do Júri e nem a soberania de seus veredictos. Com uma alteração que visasse a modificar o júri brasileiro, buscando-se, por exemplo, uma adaptação do procedimento utilizado nos tribunais superiores, do voto médio, essas garantias poderiam ser mantidas.

Por tudo isso, não pode o júri servir de leito procrustiano das demandas judiciais resultantes de uma sociedade injusta, na qual, lamentavelmente, a cada dia o cidadão perde,

pouco a pouco, o que resta de sua capacidade de indignação. A instituição deve, sim, ser mudada, arejada, democratizada.

A partir do momento que se justifica a existência de um Júri pelo seu caráter democrático, possibilitando o julgamento do réu por seus pares, torna-se fundamental que a essência do conceito de democracia subsista em cada deliberação.

A fundamentação das decisões judiciais é a base da garantia de uma ampla defesa em qualquer processo judicial. É nesse ato que se perceberá uma conformidade entre a verdade trazida ao processo e o entendimento conquistado pelo juiz.

Pelo exposto, afirma-se que tornar possível a fundamentação das decisões dos jurados é medida que se faz necessária para efetivar as proteções normatizadas em nossa Constituição. Somente assim será realmente possível falar em uma sólida legitimidade democrática.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____, *Mídia e Violência Urbana: Regras do Mercado da Informação sobre violência*. Seminário realizado no Hotel Glória, Rio de Janeiro, 1º e 2 de julho de 1993.

CUNHA, Gisele Heloísa. *Embargos Infringentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAIEROVITCH, Walter F., “O Júri popular deve ser extinto?”, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 de maio de 1997. Editoria: Opinião, seção Tendências/ debates, p 1-3.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Milenium, 2000. v.5.

_____. *A instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1963, V. I.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____, O Juiz Garantista. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto066.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2009.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. *Reforma da instituição do júri a partir de uma visão garantista dos direitos*. Disponível em: <http://www.walkinmedia.com.br/fesmp/ftp_out/20_04.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.